

CARLOS GUSTAVO COELHO DE ANDRADE

**MANDADOS
IMPLÍCITOS DE
CRIMINALIZAÇÃO**

A tutela penal dos direitos
humanos na Constituição e
na Convenção Americana

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2019

Copyright © 2019 by Carlos Gustavo Coelho de Andrade

Categoria: Direitos Humanos

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

AN553m

Andrade, Carlos Gustavo Coelho de

Mandados implícitos de criminalização : a tutela penal dos direitos
humanos na Constituição e na Convenção Americana / Carlos Gustavo
Coelho de Andrade. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

484 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 439-458.

ISBN 978-85-519-1560-8

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3. Convenção Ame-
ricana de Direitos Humanos. 4. Constituição brasileira. 5. Mandado de
criminalização. 6. Dever de proteção. I. Título.

CDD 341

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sumário

Introdução.....	1
1. Mandados de Criminalização:	7
1.1 Origens históricas.....	7
1.2 Conceito. Mandados explícitos e implícitos.....	9
1.3 Mandados de criminalização primária e secundária. Mandados originados do Direito Constitucional e do Direito Internacional	14
1.4 Pressupostos dos mandados de criminalização: submissão dos poderes do Estado à Constituição e/ou ao Direito Internacional dos Direitos Humanos	19
1.4.1 Supremacia constitucional e constituição rígida.....	20
1.4.2 Prevalência do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre a norma interna	22
1.4.2.1 Caminho histórico do reconhecimento da prevalência das normas de DIDH na jurisprudência do STF.....	22
1.4.2.2 Caráter suprallegal do DIDH e obrigações executivas, legislativas e judiciais dos Estados	28
1.5 O <i>jus cogens</i> internacional e a jurisdição do TPI.....	32
1.6 Conclusões intermediárias.....	34
2. Fundamentos Constitucionais dos Mandados Implícitos de Criminalização	35
2.1 Conceito e evolução dos direitos fundamentais	36
2.2 O neoconstitucionalismo e o caráter normativo dos princípios	39
2.3 Colisão de direitos fundamentais, ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade	43
2.4 A eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares e os deveres estatais de proteção	48

2.5 A dupla face da proporcionalidade: a vedação da proteção deficiente (<i>Untermassverbot</i>) e os mandados implícitos de criminalização	52
2.5.1 Distinção dos âmbitos de aplicação da vedação da proteção deficiente e dos mandados implícitos de criminalização	56
2.5.2 Distinção entre o espaço legítimo de penalização (dignidade penal) e o espaço obrigatório de penalização	59
2.5.3 O nascimento da teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Acórdãos Aborto I e II do Tribunal Constitucional Federal alemão.....	66
2.5.4 Propostas doutrinárias	71
2.5.5 O princípio da vedação da proteção deficiente e os mandados implícitos de criminalização na jurisprudência do STF: do caso Ellwanger à suspensão liminar do indulto na ADI 5.874.....	84
2.5.6 A criminalização judicial da homofobia: do Inq 3590 à ADO 26 e ao MI 4.733. Mandados de criminalização, garantia da reserva legal e a jurisprudência do STF.....	109
2.6 Conclusões intermediárias	126
3. Fundamentos Internacionais dos Mandados Implícitos de Criminalização	129
3.1 A evolução do DIDH.....	129
3.2 O sistema interamericano de direitos humanos.....	136
3.2.1 A submissão brasileira à jurisdição da Corte IDH. Efeitos	141
3.2.2 Mecanismos e formas de controle de convencionalidade.....	150
3.3 Mandados implícitos de criminalização e a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	154
3.3.1. Desenvolvimento e consolidação dos mandados implícitos de penalização na jurisprudência da Corte IDH	160

3.3.1.1. Casos envolvendo regimes ditatoriais e Justiça de Transição: de Velásquez-Rodríguez a Gomes Lund v. Brasil e Herzog v. Brasil.....	162
3.3.1.2. Graves violações de direitos humanos sem relação direta com políticas de lesa humanidade e justiça de transição, impedindo a aplicação de causas de extinção da punibilidade: execuções extrajudiciais, estupro e tortura....	200
3.3.1.3 Trabalho escravo: o caso Fazenda Brasil Verde v. Brasil	224
3.3.1.4 O caso Favela Nova Brasília v. Brasil	229
3.3.1.5 A competência da Justiça Militar na jurisprudência da Corte IDH.....	233
3.3.1.6 Violações de direitos humanos que não impedem causas de extinção de punibilidade, mas exigem investigação e persecução penal	244
3.3.2 A necessidade de tutela penal dos direitos humanos na jurisprudência do TEDH. Semelhanças e diferenças entre a Corte IDH e o TEDH.....	246
3.3.2.1 Óbice legal à persecução penal: exigência de representação para persecução de estupro contra incapaz.....	251
3.3.2.2 Causa justificante excessivamente vaga: razoabilidade dos castigos.....	253
3.3.2.3 Proteção do direito à vida e investigação eficiente de execuções extrajudiciais.	253
3.3.2.4 Da vedação de anistia e graça e da imprescritibilidade da tortura e execuções extrajudiciais	255
3.3.2.5 Do excesso no uso policial da força da força e a causa de justificação do estrito cumprimento do dever legal	258
3.3.2.6 Da necessidade de sanção proporcional: vedação de proteção deficiente	260
3.3.2.7 Impossibilidade de caráter absoluto à retratação da vítima de violência doméstica	264

3.3.2.8 Direito da vítima a uma investigação e julgamento em prazo razoável.....	265
3.2.2.9 Justiça Militar e <i>fair trial</i>	266
3.4 Conclusões intermediárias.....	269
4. Objeções aos Mandados Implícitos de Criminalização	277
4.1 Recusa de qualquer legitimação ao poder punitivo e risco de sua expansão ilimitada.....	278
4.2 Inadequação da norma penal para proteção de direitos humanos	294
4.3 Limitação da discricionariedade do legislador com violação à separação de poderes.....	303
4.4 Violação ao postulado da <i>ultima ratio</i>	309
4.5 Ineficácia dos mandados de criminalização ante a impossibilidade de se compelir o legislador.....	316
4.6 Violação da discricionariedade administrativa (mandados de criminalização secundária)	318
4.7 Ilegitimidade do reconhecimento de mandados constitucionais implícitos de criminalização ante a falta de texto expreso.....	320
4.8 Violação da soberania nacional em decorrência de mandados internacionais de criminalização.....	331
4.9 Inconsistência do conceito de graves violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH.....	349
4.10 Risco de agravamento da crise no sistema carcerário.....	352
4.11 Conclusões intermediárias.....	357
5. Repercussões e Limites dos Mandados Implícitos de Criminalização	359
5.1 Âmbito de pesquisa.....	359
5.2 Mandados de criminalização e garantia da reserva legal. Impossibilidade de criminalização judicial de condutas	361
5.3 Consequências jurídicas e força normativa.....	370

5.3.1	Vedação de descriminalização.....	370
5.3.2	Fator de interpretação do direito interno, reforço da presunção de constitucionalidade e necessidade de fundamentação também da pena mínima	373
5.3.3	Vedação de causas de justificação e exculpação vagas ou excessivamente amplas.....	375
5.3.4	Obrigação de sanção proporcional (vedação da proteção deficiente)	378
5.3.5	Controle sobre causas de extinção da punibilidade	384
5.3.5.1.	Controle sobre indulto e graça	384
5.3.5.2	Controle sobre a anistia. As leis de autoanistia	386
5.3.5.3	Controle sobre a prescrição. Prazos e causas de suspensão e interrupção. Do princípio da <i>actio nata</i> . Da imprescritibilidade de graves lesões de direitos humanos na CADH.....	388
5.3.6	Vedação de óbices processuais (procedimento <i>ex officio</i>).....	399
5.3.7	Deveres institucionais: exigência de instituições eficazes para a investigação e persecução penal e de adoção de políticas públicas de combate à impunidade.....	400
5.3.8	Responsabilidade civil do Estado e políticas públicas de proteção às vítimas	402
5.3.9	Da criminalização primária: ADO, MI e diálogos institucionais. Da responsabilidade internacional	404
5.4	Outros limites do instituto	406
5.4.1	Limites decorrentes da coisa julgada. Coisa julgada fraudulenta	406
5.4.2	Da reserva temporal brasileira � jurisdição da Corte IDH. Justiça de transição, crimes contra a humanidade e crimes permanentes.....	412

5.4.3 Limites decorrentes da discricionariedade legislativa: não incidência sobre a margem de conformação legislativa da política criminal	415
5.4.4 Da separação de poderes, do controle difuso de constitucionalidade, da autonomia constitucional do Ministério Público e da independência funcional de seus membros.....	419
5.4.5 Limites decorrentes da reserva do possível.....	421
Conclusões	427
Referências	439