

Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da Jurisprudência Interamericana em caso de violações de direitos humanos¹

Positive obligations in criminal justice: effects and limits of the Inter-American Court of Human Rights' case-law on human rights violations

Carlos Gustavo Coelho de Andrade*

Sumário

1. O sistema interamericano de direitos humanos, a jurisdição contenciosa e o controle de convencionalidade. 2. O dever de proteção judicial provendo recurso efetivo contra violações de direitos humanos (art. 25 CADH). Obrigações positivas em matéria penal. 3. A impunidade de violações de direitos humanos e o afastamento de disposições de anistia, prescrição e exculpantes de violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH. 3.1. A coisa julgada favorável ao réu. 4. Obrigações positivas e efeitos jurídicos internos da jurisprudência da Corte IDH. Análise crítica. Limites constitucionais. Eficácia supralegal. 4.1. Da imprescritibilidade e vedação de anistia: irretroatividade da CADH e situações jurídicas já consolidadas. Aplicabilidade após a submissão à jurisdição da Corte IDH. 4.2. Da impossibilidade de superação *pro societate* da coisa julgada por simples violação da CADH ou surgimento de provas novas. 4.3. Da possibilidade de superação da coisa julgada inexistente ou fraudulenta (coação, fraude ou dolo). 4.4. Sistema de justiça criminal, celeridade e eficiência das investigações e do processo. A vítima e o processo penal. 4.5. Limites sobre causas de exclusão da ilicitude e exculpantes e julgamentos no Tribunal do Júri. 4.6. Incidência indireta da jurisprudência da Corte IDH sobre decisões internas do Judiciário e Ministério Público. Ôbices do controle difuso de constitucionalidade e da independência funcional. 5. Conclusões. Referências.

¹ Artigo apresentado no Superior Tribunal de Justiça em 12 de março de 2020, no Congresso Sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos. Versão originária publicada em: ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. In: *Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos*. NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (orgs.), 2020, no prelo. A presente versão foi atualizada em julho de 2020.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo

Analisam-se as obrigações positivas em matéria penal e a doutrina do controle de convencionalidade reconhecidas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o país se submeteu, a partir dos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Descrevem-se os fundamentos e a evolução da jurisprudência interamericana determinando o dever de investigar e promover a persecução de graves violações de direitos humanos e declarando incompatíveis com a CADH e desprovidas de efeitos as disposições de direito interno que acarretem impunidade destes fatos, inclusive de anistia, prescrição e coisa julgada. Em seguida, busca-se definir as hipóteses de compatibilidade desta jurisprudência com a normativa constitucional, seus efeitos possíveis e limites jurídicos.

Abstract

The article examines the doctrines of positive obligations in criminal justice and conventionality control in the Inter-American Court of Human Rights' case-law, based on articles 1.1, 8.1 and 25 of the American Convention on Human Rights, demanding effective investigation and prosecution of those accountable for human rights violations, holding ineffective provisions of amnesty and statutes of limitations and double jeopardy, and requiring domestic law to be interpreted in accordance with the American Convention and the Court's case-law. Furthermore, those doctrines' compatibility with the Brazilian Constitution is critically analyzed, assessing their legal effects and clarifying the limits of positive obligations in criminal justice under Brazilian positive law.

Palavras-chaves: Obrigações. Positivas. Corte. Interamericana. CADH.

Keywords: Positive. Obligations. Duty. Prosecute. IACHR.

1. O sistema interamericano de direitos humanos, a jurisdição contenciosa e o controle de convencionalidade

Em 25 de setembro de 1992, o Brasil depositava a carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica ou CADH) na sede da Organização dos Estados Americanos (OEA), aderindo a um padrão mínimo de respeito e garantia aos direitos humanos, estabelecido pelo sistema interamericano de forma complementar à ordem jurídica interna. Posteriormente, em 10 de dezembro de 1998, depositou o reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição contenciosa da Corte da Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)². A adesão do país a mecanismos de controle internacional demonstra compromisso sincero com a

² A Corte IDH é constituída por sete juízes eleitos por períodos de seis anos, dispondo de competência consultiva (relativa à interpretação da Convenção e de tratados de direitos humanos) e contenciosa, de caráter jurisdicional, em que julga casos concretos em que se impute a violação da Convenção Americana

proteção dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 33), que não pode se esgotar na ordem interna de cada Estado, como o exemplo histórico das atrocidades nazistas perpetradas com chancela do direito interno já o demonstrou (PIOVESAN, 2013, p. 285), evitando, ainda, que os tratados sejam firmados para fins retóricos. (COMPARATO, 2006, p. 368; GARCIA, 2009, p. 51 ss.)

Diante do *status* supralegal atribuído pelo Supremo Tribunal Federal aos tratados e convenções de direitos humanos no julgamento do RE 466.343³, a CADH e as decisões da Corte IDH (conforme art. 63.1 e art. 68.1 da Convenção)⁴ têm força normativa superior a todo o ordenamento infraconstitucional, podendo e devendo a normativa interamericana ser aplicada diretamente pelos juízes locais, bem como inspirar a interpretação da lei interna.⁵

Por seu turno, além do dever de cumprir as decisões proferidas em seu desfavor, a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH recomenda que se passe a

por um país signatário. Esta última competência é facultativa, dependendo de aceitação expressa do Estado-parte, conforme artigos 52.1, 62.1, 63.1 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos:

“Art. 52.1 - A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. (...)

Art. 62.1 - Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (...)

Art. 63.1 - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...)

Art. 68.1 - Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...)”

³ Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado 3 dezembro 2008. DJe 5 junho 2009.

⁴ CADH – Art. 63.1 - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...)

CADH – Art. 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

⁵ Vejam-se os acórdãos proferidos pelo STF no que tange às audiências de custódia, por exemplo: Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 5.240. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado 20 agosto 2015. DJe 01 setembro 2015, onde se lê: “1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que ‘toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz’, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legítima a denominada ‘audiência de custódia’, cuja denominação sugere-se ‘audiência de apresentação.’” Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 347-MC. Min. Marco Aurélio. Julgado 09 setembro 2015. DJe 09 fevereiro 2016, afirmando: “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.”

observá-la mesmo nos julgados envolvendo outros Estados, valendo suas decisões (tanto na parte dispositiva quanto na fundamentação) como *res interpretata* acerca da norma convencional. Assim, urge-se sua observância, mesmo pelos Estados não envolvidos no processo, desde que não haja regra interna mais benéfica à proteção dos direitos humanos (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 641-651 e 669-676; PIOVESAN, 2013, p. 156-157; RAMOS, 2015, p. 260-261).

Há um dever, pois, de *controle de convencionalidade* acerca da compatibilidade das decisões judiciais, atos legislativos e políticas públicas internas com a CADH, na medida em que a Convenção, na forma de sua interpretação pela Corte IDH, tem eficácia normativa superior. Como afirma Mazzuoli (2018, p. 35-44), a Corte IDH atribui primariamente aos juízes e autoridades nacionais o dever de compatibilizar as normas internas com os mandamentos dos tratados internacionais de direitos humanos, devendo analisar a compatibilidade vertical da norma interna com a CADH, à luz da jurisprudência interamericana e tendo como paradigma todo o *corpus iuris* internacional de proteção aplicável (texto normativo e jurisprudência), independentemente de solicitação das partes (*iura novit curia*).

Como assentado pela Corte IDH em *Almonacid Arellano e outros c. Chile*:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.⁶

Assim, disposições legais que não sejam compatíveis com a CADH seriam inválidas e o direito interno deveria ser interpretado de forma a que sua aplicação não violasse a CADH e a jurisprudência da Corte IDH⁷. Tais perspectivas ainda iriam

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 26 setembro 2006, Série C nº 154, §124.

⁷ Ambos e Böhm (2011, p. 245-251) anotam que fenômeno semelhante ocorre na Europa em decorrência da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, cujas decisões, ainda que em regra não pretendam ter efeitos normativos diretos no plano interno ou eficácia *erga omnes*, são usadas pelas Cortes

ao encontro dos vetores trazidos pelo art. 4º, inciso II, e parágrafo único e art. 5º, §1º a 4º, ambos da CRFB, e pelo art. 7º do ADCT, que determinam a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do país, a integração latino-americana, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a complementaridade entre a norma constitucional e a internacional na proteção dos direitos fundamentais e incentivam a participação do país em tribunais internacionais de direitos humanos.

2. O dever de proteção judicial provendo recurso efetivo contra violações de direitos humanos (art. 25 CADH). Obrigações positivas em matéria penal

Assentados o contexto e os pressupostos jurídicos, passa-se ao tema, qual seja, o direito à proteção judicial, previsto no art. 25 da CADH⁸, por meio do qual se assegura a todas as pessoas um recurso judicial simples, rápido e efetivo contra atos violadores de direitos humanos. A partir deste dispositivo e de sua conjugação com a norma do art. 8.1 da CADH⁹, que prevê o devido processo legal, e aquela do art. 1.1 da Convenção¹⁰, estabelecendo o dever dos Estados de respeitarem e garantirem o livre e pleno exercício dos direitos convencionais, a Corte IDH, de forma semelhante à Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), reconheceu a existência de obrigações positivas por parte dos Estados, inclusive em matéria penal, isto é, de mandados implícitos de criminalização oriundos do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) (RAMOS, 2006; ANDRADE, 2019, p.14-19)

A construção espelhou, no plano internacional, a evolução do constitucionalismo do pós-guerra, decorrente da superação do paradigma do Estado Liberal de Direito, que enxergava os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa em face do Estado, para o Estado Social e Democrático de Direito, reconhecedor de direitos fundamentais prestacionais a serem implementados através do Estado, que em vez

nacionais para orientar e condicionar a interpretação de leis e mesmo de normas constitucionais, bem como a edição da legislação interna.

⁸ CADH – Art. 25 - Proteção judicial:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

⁹ CADH – Art. 8º - Garantias judiciais:

1- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)

¹⁰ CADH – Art. 1º - Obrigação de respeitar direitos

1- Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (...)

de adversário passava à condição de guardião de direitos fundamentais, incidentes também de forma horizontal nas relações interindividuais (DONELLY, 2013, p. 35; MENDES, 2004, p. 6; PEREIRA, 2006, p. 443 ss.), sendo vedada sua proteção deficiente pelo Estado (BARROSO, 2013, p. 408; CANARIS, 2012, p. 122; FELDENS, 2005, p. 178 e 202-211; LUISI, 2003, p. 12-15; PALAZZO, 1989, p. 77; SARLET, 2004; STRECK, 2005, p. 171 ss.).

Assim, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos reconhecem nas respectivas convenções o dever de os Estados não apenas *respeitarem* os direitos nela consagrados, abstendo-se de violá-los (obrigações negativas), mas também de *garanti-los* (obrigações positivas), adotando todas as disposições necessárias e razoáveis para torná-los efetivos (BÉZE, 2014, p. 72-74; PIOVESAN, 2013, p. 344). Dessa forma, exige-se que os Estados *garantam* os direitos humanos por meio de um “feixe de prestações normativas e fáticas” (ALEXY, 2014, p. 442, referindo-se aos direitos fundamentais prestacionais), já que seria inócua a previsão legislativa desacompanhada de sua implementação. Como consequência, impõe-se aos Estados o dever não apenas de configurar um sistema jurídico-normativo que promova a tutela de direitos fundamentais, mas também de concretamente fazer valer tais direitos na prática, provendo os serviços, inclusive judiciais, necessários à proteção dos direitos convencionais.

À guisa de exemplo, diante de indícios de ocorrência de atos de tortura ou execução extrajudicial, mais que um mero dever estatal de tipificar tais atos, a CADH traz a necessidade de que o Estado aja de forma diligente, investigando-os séria e adequadamente e promovendo a correlata persecução penal, de forma a assegurar efeito útil à norma convencional e conferir um recurso efetivo às vítimas e seus familiares. Dessa maneira, impõem-se aos países, por todos os seus órgãos, não só o dever de elaborar uma legislação suficientemente dissuasória de atos atentatórios às liberdades fundamentais, mas sobretudo a realização de diligente investigação e persecução penal destes fatos e, em sendo o caso, a imposição de sanção proporcional aos responsáveis (ALESSANDRI, 2005, p. 388; ANDRADE, 2019, p. 17; FELDENS, 2012, p. 103; FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 96-100; PIOVESAN, 2013, p. 425-426; SUIAMA, 2014, p. 305).¹¹

Com efeito, Bestagno (2003, p.55) já constatava que na jurisprudência da Corte IDH a omissão estatal ilícita raramente se relacionava à proteção assegurada em abstrato pela lei interna. Ao revés, residia “no desenvolvimento de atividades instrutórias inadequadas em relação às exigências de tutela dos direitos fundamentais”, perquirindo a Corte IDH as medidas concretamente adotadas pelas autoridades de investigação e persecução penal em face de graves violações de direitos fundamentais, de ordem a examinar “o respeito ao dever de tratar os atos lesivos dos direitos fundamentais como ilícitos” e a eles responder no modo exigido pela Convenção Americana. Para tanto, a Corte IDH, assim como a CEDH, considera deverem os Estados agir diligentemente no sentido de combater tanto a impunidade normativa (limitações jurídicas explícitas à

¹¹ Veja-se que a necessidade de eficiência na apuração dos crimes já era postulada desde Beccaria (2000, p. 91-92), ao defender que a certeza ou probabilidade de aplicação da pena constituía freio maior ao impulso criminoso do que sua exasperação.

persecução e julgamento, como as decorrentes da incidência de causas de extinção da punibilidade, ou de exclusão da ilicitude ou culpabilidade) quanto a impunidade fática, isto é, a falta de concreta e adequada investigação e persecução penal, diante de graves violações de direitos humanos (SILVA-SÁNCHEZ, 2008, p. 150-158).

Dessa forma, a Convenção exige que cada país signatário proveja *recursos judiciais efetivos* às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), garantindo-lhes ampla participação na investigação e no processo, dentro do devido processo legal (art. 8.1) e cumprindo com a obrigação geral de *garantir* o livre e pleno exercício dos direitos humanos (art. 1.1), tutelando-os, inclusive através da previsão e aplicação do Direito Penal. Outrossim, a CADH exige que cada Estado promova as alterações legislativas necessárias para adequar o seu direito interno ao cumprimento da CADH (art. 2º)¹², regulamentando mecanismos para tanto, o que não exclui a incidência imediata das obrigações convencionais no plano interno, decorrente da ratificação do tratado (QUIROGA, 2005, p. 252-253).

Por outro lado, como o dever consagrado no art. 25 da CADH, de o Estado prover medidas legais efetivas para a proteção de direitos humanos, constitui salvaguarda indispensável à proteção dos direitos humanos fundamentais contra a “arbitrária omissão em punir violações de direitos humanos” (VIGANÒ, 2011, p. 2.653-2.664, p. 2.703), não é ele passível de suspensão nem mesmo em estado de emergência, conforme art. 27.2, parte final, da CADH¹³ e Opinião Consultiva nº 9/87 da Corte IDH,¹⁴ constituindo um dos pilares da Convenção Americana (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 231).

Em síntese, a partir dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH a Corte IDH construiu firme e reiterada jurisprudência (GARCIA-SAYÁN, 2005, p. 335) considerando que os Estados incorriam em descumprimento da Convenção sempre que, seja por normas de direito interno ou pela omissão de investigação e persecução penal, deixassem de promover a responsabilização penal daqueles que tivessem cometido graves violações

¹² Veja-se, p.ex., Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §172, em que a Corte dispôs que a aplicação da anistia: “afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o art. 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no art. 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o art. 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no art. 2º da Convenção Americana”.

¹³ CADH – Art. 27 – Suspensão de garantias:

(...)

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (art. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana de Derechos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-9/87, 6 outubro 1987, Série A Nº 9.

aos direitos humanos praticadas, toleradas ou permitidas pela ação, convivência ou passividade de agentes do Estado: o DIDH convida o intérprete, pois, a revisitar institutos do Direito Penal e Processual Penal, a partir de uma nova perspectiva, aquela da tutela dos direitos das vítimas de graves violações de direitos humanos (ALESSANDRI, 2005, p. 388).

Passa-se, então, ao exame das consequências jurídicas indicadas pela jurisprudência da Corte IDH diante de graves violações de direitos humanos e, em seguida, à análise de sua aplicabilidade no âmbito interno:

3. A impunidade de violações de direitos humanos e o afastamento de disposições de anistia, prescrição e exculpantes de violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH

Em decorrência do dever de garantir os direitos previstos na CADH (art. 1.1) e de prover às vítimas de violações de direitos humanos um devido processo legal (art. 8.1) e um recurso efetivo (art. 25) que proteja seus direitos, a Corte IDH reconheceu na CADH, como assinalado, obrigações positivas em matéria penal aos Estados. Como corolário, não podem estes renunciar ao exercício do *ius puniendi* em casos de graves violações de direitos humanos, devendo agir diligentemente para evitar a propagação da impunidade, que propicia a repetição crônica das violações, a total vulnerabilidade das vítimas e seus familiares (ALESSANDRI, 2005, p. 388), a invisibilidade das lesões e a perpetuação do terror, da lei do silêncio e da resignação da população carente a não ter direitos (OPOTOW, 2002, p. 203).

Ainda que a Corte IDH não seja um tribunal penal, não buscando estabelecer a responsabilidade penal individual sobre fatos concretos, eventual declaração da responsabilidade internacional do Estado pela violação da CADH e a determinação de reparações e de cessação da impunidade, comumente presentes nas sentenças interamericanas (conforme art. 63.1 da CADH)¹⁵, repercutem também na ordem interna, na medida em que o país voluntariamente se submeteu à jurisdição da Corte e se comprometeu a cumprir seus julgados, que são vinculantes por disposição expressa do art. 68.1 da CADH¹⁶, vigente no país com força normativa suprallegal.

As obrigações positivas de proteção penal aos direitos humanos podem ser classificadas em seis tipos: a de tipificar crimes, investigar, promover a persecução penal, garantir a participação da vítima, cooperar com outros Estados e estabelecer a jurisdição penal sobre o fato (SUIAMA, 2014, p. 305). Uma questão que se coloca com frequência é a da colisão da jurisprudência interamericana reconhecendo

¹⁵ CADH – Art. 63.1 – “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...)”

¹⁶ CADH - Art. 68.1 - Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...)

mandados implícitos de criminalização com o estabelecimento de causas normativas de impunidade no âmbito do direito interno.

Com efeito, a Corte IDH considera incompatíveis com a CADH e, por via de consequência, inválidas e sem efeito, as disposições internas relativas a causas de extinção da punibilidade como a anistia, indulto, prescrição e decadência, e a exculpantes como a obediência devida (PIOVESAN, 2013, p. 358-359; PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 245-250; MAZZUOLI, 2019, p. 163-170, 240-249, 577-610), determinando, a título de reparações, o afastamento de tais normas e a retomada das investigações e da persecução penal de graves violações de direitos humanos. Em *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*, a Corte IDH afirmou:

41. Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

42. A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não controvertido pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme o indicado no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos, descumprindo o artigo 1.1 da Convenção; e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de autoanistia, incompatíveis com a Convenção, descumpriu a obrigação de adequar o direito interno, consagrada no artigo 2 da mesma.

43. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo

pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente.

44. Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.¹⁷

Em sentença de interpretação do caso, a Corte IDH esclareceu que a decisão era válida não apenas para as execuções extrajudiciais referidas no caso específico (Barrios Altos c. Peru), mas tinha efeitos gerais, proibindo a aplicação de leis de autoanistia de graves violações de direitos humanos no Peru, por violarem as obrigações positivas de investigação e persecução penal destes fatos.

Em seguida, no caso *Almonacid Arellano e outros c. Chile*¹⁸, a Corte IDH afastou não apenas a incidência de normas de anistia e prescrição, mas também determinou o afastamento de coisa julgada absolutória, em hipótese de homicídio praticado por agentes da repressão política chilena anteriormente à ratificação da CADH por aquele país. Semelhantes determinações foram feitas com relação ao Brasil, nas sentenças relativas aos casos *Gomes Lund e outros c. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*¹⁹ e *Herzog e outros c. Brasil*²⁰.

Observe-se, porém, que a jurisprudência da Corte IDH não se limita a situações de crimes de lesa humanidade (em que haveria um elemento contextual de uma política estatal de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e em hipóteses de Justiça de Transição subsequente a regimes autoritários). Ao revés, faz uso do conceito mais amplo de *graves violações de direitos humanos* (DONDE MATUTE, 2011, 208-225; ZILLI; MONTECORADO; MOURA, 2011, p. 417-421), abrangendo também ilícitos praticados em regimes democráticos, relativamente a atos de tortura,²¹ maus

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*. Mérito, 14 março 2001, Série C Nº 75, §§ 41-44.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C Nº 154, §154.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §256.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Herzog e outros c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 março 2008, Série C Nº 353, §§230-232, 371-372.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

tratos,²² execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias,²³ desaparecimento forçado,²⁴ submissão à condição análoga à de escravo,²⁵ expulsão forçada da população civil²⁶ e violência sexual ou de gênero²⁷, levados a cabo por agentes públicos ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, convivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos (ANDRADE, 2019, p. 200-244 e p. 349-352; MAZZUOLI, 2019, p. 7-14, 163-170, 213-215, 248-259, 284-289, 355-359, 426-430 e 577-611).

Assim é que reconheceu a imprescritibilidade e impossibilidade de óbice à investigação e perseguição penal também nos casos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala²⁸, relativo a chacina de menores de rua, em Bulacio c. Argentina,²⁹ relativo a maus tratos, Gutiérrez Soler c. Colômbia³⁰, relativo a tortura em sede policial e Massacres de Mapiripán³¹, Pueblo Bello³² e Ituango³³ c. Colômbia, relativos a execuções de camponeses promovidas por grupos armados particulares,

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bulacio c. Argentina*, Mérito. Reparaciones e Custas, Sentença de 18 setembro 2003, Série C Nº 100, §§110-121; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ximenes Lopes c. Brasil*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 4 julho 2006, Série C Nº149; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bueno Alves c. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 164.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales e outros*) c. *Guatemala*. Mérito, Sentença de 19 novembro 1999, Série C Nº 63, §§228-238; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre da Rochela c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 163; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garibaldi c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 23 setembro 2009, Série C Nº 203; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez e familia c. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Mérito, Sentença de 29 julho 1988, Série C Nº 4.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§145-168; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabajadores de Fazenda Brasil Verde c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 20 outubro 2016, Série C Nº 318.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§177 e 204-224.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gonzáles e outras* (“*Campo Algodonero*”) c. *México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Favela Nova Brasília c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 16 fevereiro 2017, Série C Nº 333.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales e outros*) c. *Guatemala*. Mérito, Sentença de 19 novembro 1999, Série C Nº 63, §§228-238.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bulacio c. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 18 setembro 2003, Série C Nº 100, §§110-121.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134, §§111 e 304.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia, Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140, §§262-269.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §402.

bem como em *Garibaldi c. Brasil*³⁴, relativo a homicídio de camponês durante operação extrajudicial de expulsão de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda, por um grupo de pessoas armadas encapuzadas, sem que se noticiasse nos últimos casos a participação de agentes públicos. De modo semelhante, em *Gonzáles e outras (Campo Algodonero) c. México*³⁵, declarou que o país deveria remover “todos os obstáculos de jure ou de facto” que impeçam a devida investigação e processamento célere dos fatos (sequestro, estupro e homicídio), ligados um padrão reiterado de violência sexual e de gênero não adequadamente reprimido pelas autoridades mexicanas.

Nestes casos, a Corte IDH reconheceu a incompatibilidade com a CADH de disposições de prescrição, anistia, indulto, causas exculpantes e medidas que pretendam impedir a persecução penal ou suprimir os efeitos de uma sentença condenatória, já que o DIDH impõe a investigação e persecução penal de *graves violações de direitos humanos*, ainda que desconectadas dos pressupostos de crimes de lesa-humanidade,³⁶ tendo afastado tais óbices jurídicos à persecução penal mesmo com relação a fatos praticados por agentes privados.³⁷

O corolário da imprescritibilidade, todavia, não foi adjudicado em hipóteses que não foram classificadas como graves violações de direitos humanos, como caso de homicídio culposo decorrente de erro médico em hospital particular (*Albán Cornejo e outros c. Equador*)³⁸ ou de violação do direito à intimidade decorrente de interceptação telefônica divulgada na mídia (*Escher e outros c. Brasil*)³⁹, conquanto também aqui reconhecido o dever de investigar adequadamente os fatos e promover a persecução penal.

3.1. A coisa julgada favorável ao réu

Por sua relevância teórica e prática, destaca-se a análise da jurisprudência interamericana no que tange à superação do óbice da coisa julgada favorável ao indivíduo em sede de graves violações de direitos humanos. Para a Corte IDH, a

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garibaldi c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 setembro 2009, Série C Nº 203.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gonzáles e outras (“Campo Algodonero”) c. México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205, §455.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134, §§111 e 304; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140, §113; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§129-138, relativos a execuções sumárias atribuídas a grupos paramilitares à margem da lei; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gonzáles e outras (“Campo Algodonero”) c. México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205, §455 e 497-502; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C Nº 318.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Albán Cornejo y otros c. Ecuador*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 novembro 2007, Série C Nº 171.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Escher e outros c. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte de 19 junho 2012, §§ 17-21.

impunidade de violações de direitos humanos, ainda que fundada em coisa julgada absolutória, é contrária à CADH, devendo ser superada a *res judicata* nestas hipóteses.

Dessa forma, a jurisprudência interamericana relativiza a eficácia da coisa julgada, conjugando a norma do art. 8.4 da CADH (que veda nova persecução penal após o trânsito em julgado de sentença absolutória) com aquelas dos artigos 1º, 8º e art. 25 da Convenção, exigindo *respeito e garantia* dos direitos convencionais e um *recurso judicial efetivo* contra violações de direitos humanos⁴⁰, tornando inválidas as normas internas em sentido contrário.

Consequentemente, para a Corte IDH o *ne bis in idem* não seria aplicável às coisas julgadas *fraudulentas*, isto é, àquelas oriundas de processo que: i) não teve a real intenção ou possibilidade de submeter o responsável à ação da Justiça (Carpio Nicolle c. Guatemala⁴¹ e Almonacid Arellano c. Chile⁴²); ii) não tenha obedecido os padrões de investigação e instrução internacionalmente exigíveis (Gutiérrez e família c. Argentina)⁴³ ou esteja em desconformidade com os parâmetros interamericanos (Gutiérrez Soler c. Colômbia)⁴⁴. Em tais casos, não haveria, para a Corte IDH, a formação de coisa julgada, diante do dever convencional de se investigar, processar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos, afastando a arguição de coisa julgada fundada no direito interno ou no art. 8.4 da CADH.

Ademais, mesmo que o julgamento tenha se desenvolvido em conformidade com os parâmetros interamericanos, isto é, com adequada e eficiente investigação e persecução, com ampla participação das vítimas e/ou familiares em todas as etapas processuais e pré-processuais e com real intenção judicial de submeter o responsável à ação da Justiça, considera a Corte IDH que, *sempre que apareçam novos fatos ou provas* que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos, as investigações podem ser reabertas, “inclusive se existir uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, posto que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção Americana afastam a proteção do *ne bis in idem*” (Almonacid Arellano c. Chile)⁴⁵.

⁴⁰ CADH, art. 8.4 – “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Veja-se que em Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§128-134 e 154, p.ex., a Corte IDH considerou que o art. 8.4 se inseria no marco das normas relativas ao processo justo e ao devido processo legal, devendo ser interpretada em harmonia com as demais disposições do capítulo, que exigem também uma devida diligência investigatória, persecutória e de processamento de violações de direitos humanos (§128), o que reputou ausente no caso, pelo que “consequentemente, tampouco se produziu sentença firme” (§129), tendo determinado a “remoção de todos os obstáculos de facto e de jure” que impeçam a devida investigação dos fatos nos respectivos processos (§ 154).

⁴¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 novembro 2004, Série C Nº 117, §§ 131-135.

⁴² Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C nº 154, §154.

⁴³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§ 128-134 e 154.

⁴⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

⁴⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C nº 154, §154.

Veja-se que se neste caso havia hipótese de crime contra a humanidade, nos demais casos não se referiu a tal conceito, prescindindo-se do elemento contextual de ataque generalizado e sistemático contra a população civil. Carpio Nicolle c. Guatemala⁴⁶ versava sobre assassinato com motivação política, Gutiérrez Soler c. Colômbia⁴⁷ sobre tortura em unidade policial colombiana e Gutiérrez e família c. Argentina⁴⁸ sobre homicídio praticado *contra policial* que investigava esquema de corrupção. No caso do Massacre da Rochela c. Colômbia, relativo à execução por paramilitares *de servidores ligados à administração da Justiça*, a Corte aduziu que:

197. Asimismo, es necesario señalar que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada ⁴⁹

Em síntese, a Corte IDH afirma que a CADH *exige* a desconsideração, em detrimento de réu processado por graves violações de direitos humanos, de coisa julgada absolutória ou *pro reo*: i) constituída em desconformidade com os *standards* interamericanos (de investigação e perseguição eficiente, de ampla participação da vítima e/ou familiares em todas suas etapas e por juízo *imparcial* e independente; ii) se aparecerem novos fatos ou novas provas que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos.⁵⁰

A interpretação concedida pela Corte IDH à norma convencional é de aplicação obrigatória aos países que tenham se submetido à jurisdição contenciosa da Corte, tal qual o Brasil para fatos posteriores a 10.12.1998, diante do teor do art. 68.1 da CADH, por todos seus Poderes, órgãos e entes federados. Há, pois, aparente conflito entre a normativa convencional interpretada pela Corte IDH e a lei processual brasileira.

É preciso, pois, refletir sobre os efeitos e limites da aplicação da CADH e da jurisprudência da Corte IDH sobre o instituto da coisa julgada no Direito brasileiro.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 22 novembro 2004, Série C Nº 117.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§ 128-134 e 154.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre da Rochela c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 163, §197.

⁵⁰ Para aprofundamento da questão, vide Andrade (2020b).

4. Obrigações positivas e efeitos jurídicos internos da jurisprudência da Corte IDH. Análise crítica. Limites constitucionais. Eficácia supralegal

Respeitável setor da doutrina tece fortes críticas à jurisprudência interamericana, seja por reputarem-na fruto de uma *cultura punitivista* que desconsideraria o princípio da subsidiariedade penal, se aproximaria do direito penal do inimigo e seria inovadora diante do texto convencional (GOMES, 2018, p. 338-347; MALARINO, 2010, p. 25-45; PASTOR, 2009, p. 240-299), seja porque, ao contrário da CEDH, se imiscuiria de forma muito específica nos ordenamentos internos (MALARINO, 2010, p. 49-61), determinando a não aplicação e revogação de normas legais e até mesmo constitucionais, a construção de memoriais às vítimas e até mesmo a renovação de julgamentos penais absolutórios. Em comparação, a CEDH, ainda que disponha de jurisprudência similar no que tange ao reconhecimento de obrigações positivas em matéria penal, limita-se a declarar violada a Convenção Europeia, fixar reparação em favor das vítimas e a instar os países a sanar o ilícito, concedendo-lhes certa margem de apreciação, até porque não incumbe à Corte, mas a outro órgão (o Comitê de Ministros do Conselho da Europa) fiscalizar e deliberar sobre o cumprimento das sentenças da CEDH (ANDRADE, 2019, p.248-249; PAONESSA, 2009, p. 186-188).

Contudo, não se pode rejeitar a jurisprudência da Corte IDH apenas por reputá-la inovadora com relação ao texto da CADH como propõe Malarino (2010, p. 27-35), recusando a obrigação de controle de convencionalidade e defendendo uma completa separação das esferas internacional e nacional (MALARINO, 2010, p. 49-61; 2012, p. 73-94). Se é possível concordar-se que em alguns julgados a Corte IDH incide em excessos, notadamente ao determinar a desconsideração de normas constitucionais, tendo-as como mero fato, fora destes casos, aptos a serem corrigidos pela jurisdição constitucional, não se pode simplesmente negar efeitos internos à jurisprudência interamericana. Haveria nítida violação da boa-fé exigida pelo Direito Internacional e intolerável ruptura ética se um Estado mantivesse no plano internacional sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH e, simultaneamente, negasse quaisquer efeitos internos às suas decisões.

É preciso, assim, outorgar todos os efeitos constitucionalmente possíveis às disposições convencionais e à jurisprudência da Corte IDH, que gozam no plano interno, como reconhecido pelo STF, de eficácia normativa supralegal. De outro lado, sem embargo de a Corte IDH considerar, com forte apoio da doutrina internacionalista (c. CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 52-57; MAZZUOLI, 2015, p. 406-412; PIOVESAN, 2011, p. 233-234), que as normas convencionais e sua jurisprudência prevalecem sobre *todo* o ordenamento interno, inclusive o constitucional, tal interpretação não se compatibiliza com a CRFB, pois ensejaria a outorga de poder ilimitável à Corte Interamericana para, esclarecendo e definindo o conteúdo da CADH, construir e reconhecer normas que, sendo supraconstitucionais, prevaleceriam sobre a Constituição, alterando-a sem observância das formalidades e limites trazidos pela Carta Constitucional (art. 60 e §§).

Com efeito, entender que a CADH ou a Corte IDH poderiam determinar a revogação⁵¹ ou desconsideração⁵² de normas constitucionais, a celebração de novos tratados ou a tipificação interna de delitos⁵³ acarretaria a violação de um conteúdo mínimo de soberania nacional e o desprezo dos limites de reforma constitucional (FRIEDE, 2018, p. 364 e 375-382; *mutatis mutandi*, CANOTILHO, 1993, p. 904, sobre as normas comunitárias europeias), o que seria nulo tanto no plano nacional (pela afronta à Constituição, arts. 1º, I, 4º, I e art. 60 e §§) como no plano internacional (cf. art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), diante da falta de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para firmar acordo que ensejasse renúncia à jurisdição constitucional (ANDRADE, 2019, p. 331-348 e 406-412). Por razões semelhantes, a Suprema Corte uruguaia se recusou a abster-se de julgar a constitucionalidade da lei 18.831/2011, editada a fim de dar cumprimento à sentença da Corte IDH no caso *Gelman c. Uruguai*⁵⁴, que considerava imprescritíveis delitos decorrentes de terrorismo de estado praticados até 01.03.1985 e de forma retroativa determinava que não se computassem lapsos prescricionais já decorridos. A Suprema Corte uruguaia considerou que mesmo que naquele país as convenções de direitos humanos tenham força constitucional, o controle de constitucionalidade de leis no âmbito interno era seu dever irrenunciável, na qualidade de intérprete última da Constituição, tendo reputado inconstitucionais os dispositivos, por violarem a proibição constitucional de retroatividade da lei penal mais gravosa (ANDRADE, 2019, p. 186-191; VERVAELE, 2013, p. 3-36).

Como anotam Canotilho (1993, p. 904) e Paonessa (2009, p. 280-283), com relação às normas comunitárias em Portugal e na Alemanha, toda cessão de soberania em favor de organismo internacional não pode comportar uma abdicação da identidade constitucional nem uma transferência da competência sobre a competência. De forma similar, afirma Gil Gil (2013, p. 277-302, com relação às decisões da CEDH), caber aos Estados buscarem no ordenamento interno (aí incluídas as convenções de direitos humanos ratificadas) a possibilidade de que este seja interpretado de modo a cumprir com os efeitos pretendidos pelo tribunal internacional.

Dessa maneira, a força normativa da CADH e da correlata jurisprudência da Corte IDH se submete, para fins internos, às possibilidades constitucionais de seu cumprimento bem como às reservas que o país houver feito ao texto da Convenção

⁵¹ Veja-se que a Corte IDH já determinou a revogação de norma constitucional a país signatário cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A última tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) c. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 fevereiro 2001, Série C Nº 73, §§ 83 a 90 e 103.4.

⁵² Como nos casos assinalados de afastamento de coisa julgada ou da irretroatividade da lei penal, por todos c. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gelman c. Uruguai*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Série C Nº 221; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§128-134 e 154.

⁵³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*. Mérito, Sentença de 14 março 2001, Série C Nº 75, §50.5.c; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §§ 287 e 325.15.

⁵⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gelman c. Uruguai*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Série C Nº 221.

e à jurisdição interamericana. Veja-se que não se poderá arguir violação ao *pacta sunt servanda*, eis que mesmo no plano internacional seria inválida disposição pela qual o Estado brasileiro renunciasse à jurisdição constitucional, na forma do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados,⁵⁵ diante da falta de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para firmar acordo que ensejasse renúncia à função primeira do Poder Judiciário, qual seja, a defesa da Constituição.

De qualquer sorte, são vastos os efeitos jurídicos internos da jurisprudência interamericana reconhecendo mandados implícitos de criminalização a partir da CADH, eis que esta dispõe de supremacia frente a todo o ordenamento infraconstitucional e a jurisprudência da Corte de obrigatoriedade com relação a todos os órgãos estatais. Assim, criam-se deveres processuais e prestacionais, obsta-se a incidência de causas de extinção da punibilidade contrárias à CADH e condiciona-se a interpretação do ordenamento infraconstitucional. Existe, ainda, a possibilidade de incidência indireta da jurisprudência interamericana na interpretação constitucional, por meio de um diálogo de Cortes e pelos vetores dos artigos 1º, II, 4º, II, 5º, §§1º e 2º, da CRFB e art. 7º do ADCT, de modo similar ao que ocorre na Alemanha, como anotam Ambos e Böhm (2011, p. 49).

Em suma, defende-se que a força normativa desta jurisprudência – interpretativa da CADH – ao menos para fins internos, seja aquela outorgada pelo STF aos tratados internacionais de direitos humanos a partir do julgamento do RE 466.343, isto é, supralegal, mas infraconstitucional, na forma exigida pelos artigos 1º, I, 4º, I, e 60, §§1º a 4º da CRFB e permitida pelo art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

4.1. Da imprescritibilidade e vedação de anistia: irretroatividade da CADH e situações jurídicas já consolidadas. Aplicabilidade após a submissão à jurisdição da Corte IDH

Verificou-se que a Corte IDH, diante da necessidade de os Estados garantirem a observância dos direitos convencionais (art. 1.1 da CADH), assegurarem o devido processo legal e um recurso efetivo às vítimas de violações de direitos humanos (art. 8.1 e art. 25 da CADH), reconheceu, de forma análoga à CEDH, que as disposições de prescrição e anistia não podem ser aplicadas diante de graves violações de direitos humanos, por força da normativa interamericana.

Tais consequências jurídicas prevalecem sobre a normativa infraconstitucional interna e são compatíveis com o ordenamento constitucional, sendo válidas e eficazes para fatos ocorridos após o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH pelo Brasil, em 10.12.1998, diante do caráter evolutivo da interpretação do texto convencional, e da regra constitucional de irretroatividade da norma penal mais gravosa. Assim, a

⁵⁵ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, ratificada em 25 setembro 2009. Promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 dezembro 2009.

Artigo 46 - Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados:

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

partir de 10.12.1998, crimes que encerrem graves violações de direitos humanos não são mais sujeitos à incidência da prescrição, diante dos artigos 1.1, 8.1, 25 e 68.1 da CADH e da jurisprudência da Corte IDH (ANDRADE, 2019, p. 396-398; 2020a, p. 32-54).

De forma semelhante, defende-se que normas concessivas de anistia ou de indulto relativamente a graves violações de direitos humanos praticadas após 10.12.1998 não podem ser aplicadas no país, diante da superioridade normativa da CADH sobre aquelas, vedando que promovam a impunidade destes fatos. Diante da irretroatividade constitucional da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CRFB), e de expressa reserva feita pelo país quando de sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH, esta jurisprudência interamericana não lograria efeitos internos sobre fatos anteriores, como defendem Andrade (2019, p. 409-415; 2020a, p. 45-48) e Gomes (2018, p. 298-304 e p. 313-318). Contudo, isto não impediria eventual discussão acerca da impossibilidade de incidência de prescrição ou anistia dos crimes praticados durante a ditadura militar com base no *ius cogens* internacional, nem a persecução de eventuais crimes permanentes, cuja execução ainda se protraia no tempo, como, em tese, poderia ocorrer com os desaparecimentos forçados (sequestro e ocultação de cadáver) (ANDRADE, 2020a, p. 48-51).

Não há se falar, por fim, na possibilidade ampla de incidência das normas infraconstitucionais de prescrição, anistia ou indulto em razão da aplicação do princípio da complementariedade (art. 29 da CADH)⁵⁶, como propõem Gomes (2018, p. 351-357) e Kibrit (2018, p. 161-179), na medida em que a firme jurisprudência da Corte IDH, interpretando tal norma, aplica o princípio *pro homine* em favor das vítimas de violações de direitos humanos (e não dos acusados de os terem violado), conforme anotam Cançado Trindade (1999, p. 10), Mazzuoli (2015, p. 914-915) e Piovesan (2013, p. 156-157), buscando sempre a norma que mais as ampare e minimize sua vulnerabilidade, determinando expressamente a Corte Interamericana o afastamento das disposições internas que promovam a impunidade de graves violações de direitos humanos.

4.2. Da impossibilidade de superação *pro societate* da coisa julgada por simples violação da CADH ou surgimento de provas novas

De modo similar, ainda que contornáveis os óbices infraconstitucionais, como a regulamentação processual da exceção de coisa julgada e a inexistência de previsão no CPP para a revisão criminal *pro societate*, a CADH não teria eficácia normativa para

⁵⁶ Art. 29 – Normas de interpretação:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

superar a previsão constitucional de respeito à coisa julgada, como garantia individual (ANDRADE, 2019, p. 406-412; 2020b; SILVA-SÁNCHEZ, 2008, p. 158).

Contudo, não constituiria violação da garantia da coisa julgada a alteração infraconstitucional das hipóteses de revisão criminal, salvo quando violado o *conteúdo essencial* da garantia constitucional.⁵⁷ Assim, poderia a CADH dispor sobre a regulamentação da coisa julgada, gozando de eficácia superior ao CPP, ou influir em sua interpretação, desde que não esvaziasse o instituto, violando a norma constitucional. Passa-se, então, a refletir sobre a eventual compatibilidade das hipóteses de superação de coisa julgada preconizadas pela Corte IDH com a CRFB.

Desde logo é de se advertir que não se considera haver compatibilidade da superação do óbice da coisa julgada *na extensão preconizada* pela Corte IDH com o ordenamento constitucional brasileiro, o qual deve preponderar sobre a CADH e a jurisprudência interamericana. Em consequência, não se faz constitucionalmente viável a superação da garantia da coisa julgada favorável ao réu em decorrência da mera contrariedade à lei (e à CADH) ou à prova dos autos, por mera insuficiência da investigação ou persecução ou falta de participação das vítimas, sendo *vedada a eterna reavaliação da legalidade e da legitimidade da sentença absolutória* transitada em julgado, a violar o núcleo essencial constitucional da garantia da coisa julgada (ANDRADE, 2020b).

De forma semelhante, sustenta-se que o mero surgimento de novas provas que viabilizassem a condenação (hipótese reversa do inciso III do art. 623, do CPP) não deveria ensejar a desconstituição da coisa julgada em detrimento do réu, sob pena de se obstar a paz social desejada pela Constituição diante de coisa julgada regularmente formada, ainda que ao custo da impunidade de violações de direitos humanos.

O tema certamente é espinhoso, tendo o Tribunal Constitucional colombiano chegado à conclusão diversa, analisando ação constitucional que questionava a violação da CADH, da jurisprudência da Corte IDH e de direitos fundamentais pela norma processual que vedava a revisão criminal *pro societate*. O tribunal, por meio da sentença C-004/2003, passou a admitir a possibilidade ampla de revisão criminal *pro societate*, nos termos da jurisprudência interamericana, sempre que se verificasse grave descumprimento do dever estatal de investigar de maneira séria e imparcial fatos que constituam violações de direitos humanos ou, ainda, diante do surgimento de prova nova relativamente a tais hipóteses:

Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al non bis in idem a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas

⁵⁷ Veja-se que mesmo Silva Sánchez, forte opositor das obrigações positivas em matéria penal, afirma (2008, p.158) que a jurisprudência da Corte IDH de superação da coisa julgada em hipótese de violações de direitos humanos apenas ofende a garantia do *non bis in idem* quando o novo julgamento seja determinado tão só pelo surgimento de novas provas. Assim, caso o julgamento inicial favorável ao réu fosse decorrente de prevaricação ou contivesse vícios processuais determinando sua nulidade, a revisão da coisa julgada em detrimento do réu não ofenderia o *non bis in idem*.

de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado. (...)

La impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el non bis in ídem es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados. (...)

En tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el non bis in ídem, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates. (...)

En los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente

*por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente.*⁵⁸

É preciso salientar que a Constituição colombiana insere a CADH e o Direito Internacional dos Direitos Humanos no bloco de constitucionalidade, de modo que, ao contrário do Brasil, a norma convencional (e sua interpretação pela Corte IDH) dispõe de força constitucional e é apta a condicionar a interpretação e ponderação de valores constitucionais.⁵⁹ Não sendo este o quadro brasileiro, defendendo-se uma primazia da norma constitucional sobre aquela convencional diante do texto da CRFB (art. 1º, I, 4º, I, e 60, *caput* e §§), não nos parece possa a CADH esvaziar o conteúdo essencial da garantia constitucional da coisa julgada.

Não seria lícito, pois, a revisão de sentenças transitadas em julgadas, em detrimento do réu, para mera rediscussão da convencionalidade, legalidade ou legitimidade do processo ou sentença e da eficiência da investigação, ou para se proceder a reanálise do quadro probatório diante de nova evidência, diante da proteção constitucional à coisa julgada. Sem embargo, considera-se haver situações excepcionais que não estão albergadas dentro do conceito constitucionalmente protegido de coisa julgada, em que, ao menos em se tratando de violações de direitos humanos, seriam aplicáveis as normas dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH e a respectiva jurisprudência da Corte IDH, permitindo-se a revisão criminal também em detrimento do réu.⁶⁰ Vejamos:

4.3. Da possibilidade de superação da coisa julgada inexistente ou fraudulenta (coação, fraude ou dolo)

i. Da sentença inexistente (falsificação ou venda de sentença)

A primeira hipótese é aquela em que a sentença transitada em julgada, a rigor, não encerra conteúdo jurisdicional, mas sim é objeto material de crime de falsidade

⁵⁸ Corte Constitucional da Colômbia, *Sentença C 004/2003*, 20 janeiro 2003. Inteiro teor disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-004-03.htm>>. Acesso em 4 fev. 2020. O Tribunal salientou, ainda, ser constitucional a restrição à revisão criminal *pro societate* nos demais casos, diante da margem de discricionariedade do legislador para conciliar os valores da segurança jurídica e justiça quando não se tratar de violação de direitos humanos e, nos casos admitidos de revisão *pro societate*, limitou sua legitimidade à *Procuraduría* (órgão *custos legis* e fiscal da administração pública) e à *Fiscalía* (órgão acusatório) (APONTE, 2013, p. 172).

⁵⁹ Para detalhada descrição do quadro constitucional colombiano frente às decisões do Tribunal Constitucional e da Corte IDH, vide Legale (2019, p. 181).

⁶⁰ Para exposição mais exauriente da argumentação aqui proposta, vide Andrade (2020b).

material ou ideológica (e exaurimento de crimes de corrupção passiva ou concussão), tratando-se de ato jurídico inexistente.

Ora, o ato de alguém que se traveste de juiz, falsifica a assinatura de magistrado ou obtém sua assinatura eletrônica e elabora e assina decisões sem autorização ou supervisão do magistrado não é sentença, mas documento falso, tratando-se de decisão inexistente. Da mesma maneira, o ato de magistrado que, em vez de proferir sentença no exercício da função jurisdicional estatal *vende* o teor de uma decisão, é mero objeto material de crime de falsidade ideológica e, possivelmente, exaurimento de corrupção passiva, concussão ou prevaricação, não resultando do exercício da jurisdição e não produzindo qualquer efeito jurídico, senão para formar justa causa para a persecução penal em face do magistrado corrompido.

Nestes casos, tem-se sentença *inexistente*, ou em verdade *simulacro de sentença*, ou *documento travestido da forma de sentença, mas sem conteúdo jurisdicional*, seja porque não emanado de magistrado (ou sob sua supervisão), seja porque emanado de magistrado que ao proferi-la não está exercendo a jurisdição estatal, mas praticando crimes de falsidade ideológica, corrupção passiva, concussão e/ou prevaricação. Em qualquer hipótese, não há *sentença* a ser coberta pelo manto da coisa julgada, *mas documento falsificado*, encerrando ato jurídico *inexistente*, que não impede a persecução penal sobre os fatos versados no processo original, desde que comprovada a falsidade (podendo tal circunstância ser declarada tanto na sentença do processo-crime em razão do falso, prescindindo-se do ajuizamento de revisão criminal neste caso diante da inexistência de coisa julgada, quanto, em sua ausência, em revisão criminal para declarar tal circunstância).

ii. Da coisa julgada fraudulenta (processo viciado por anormalidade institucional, coação ou conluio)

A segunda hipótese é aquela em que a sentença é fruto de processo viciado por situação de anormalidade institucional-constitucional ou decorre de coação ou extorsão praticadas contra magistrados ou membros do Ministério Público ou ainda de fraude ou conluio envolvendo as partes processuais, situações em que não havia a real possibilidade ou intenção de submeter responsáveis por graves violações de direitos humanos à ação da Justiça, sendo os atos processuais deliberadamente dirigidos à extinção da punibilidade, à absolvição ou a beneficiar sua situação jurídica.

Não haverá de se confundir tal hipótese com a formação de *opinio* ministerial favorável aos réus, nem de convicção judicial a seu favor, sendo reservada para casos excepcionais em que a sentença seja decorrente da perda da independência judicial ou ministerial decorrente de ruptura institucional ou coação física ou moral às atividades de jurisdição e persecução penal ou em que se constate conluio ou colusão entre réus e membros do MP, tornando viciada a jurisdição pela coação ou fraude.

Uma sentença absolutória advinda de imposição autoritária, de coação, chantagem ou fraude, ao menos em se tratando de grave violação de direitos humanos

não produzirá efeitos absolutos de coisa julgada imutável, podendo ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados, diante da clara jurisprudência da Corte IDH a respeito exigindo sua superação, em obediência à norma convencional, bem como da inexistência de óbice constitucional. O mesmo com relação à sentença que decorra de veredito do Tribunal do Júri que padeça de tais vícios, ou na qual o magistrado tenha sido induzido a erro por manifestação ministerial que padecesse destes vícios (coação ou colusão). Parece razoável afirmar que a garantia constitucional da coisa julgada não abrange (ao menos não de forma absoluta) decisões que padeçam de vícios extrínsecos ao processo que diretamente condicionem ou turvem a prestação jurisdicional. Aqui, a sentença não é decisão jurídica livre, de magistrado imparcial e independente, no âmbito do devido processo legal e do Estado de Direito, mas fruto de violência, coação ou fraude.

Como corolário, em se tratando de graves violações de direitos humanos, diante da clara jurisprudência da Corte IDH exigindo sua superação em obediência à norma convencional sempre que não houvesse real possibilidade ou intenção de submeter os responsáveis à ação da Justiça (por anormalidade institucional, coação, ou fraude/colusão), poderá a coisa julgada ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados nestes casos, com base na CADH.

iii. Da atestada falsidade de prova fundamental (art. 621, II do CPP n/f arts. 1º, 8º e 25 CADH)

Por fim, uma sentença absolutória decorrente de erro ao qual foi deliberadamente induzido o Juízo ou o órgão ministerial tampouco nos parece abrangida dentro do conceito *constitucionalmente* protegido de coisa julgada, sendo passível de revisão, ao menos quando se tratar de grave violação de direitos humanos.

Pense-se em sentença ancorada fundamentalmente em prova cuja falsidade material ou ideológica seja supervenientemente demonstrada, como no caso de perícias e laudos falsificados ou adulterados e de testemunha corrompida ou coagida. Aqui seria possível a rescisão da coisa julgada através de ação própria, com natureza de revisão criminal *pro societate*, interpretando-se o art. 621, II, do CPP à luz da CADH, demonstrando-se a falsidade da prova pericial, documental ou testemunhal no qual se fundou a sentença favorável ao réu transitada em julgado. Tal demanda exigiria justa causa (elementos suficientes que indiciem a falsidade da prova essencial), apurada em feito próprio ou a ser demonstrada na própria revisão criminal, vedada em qualquer caso a mera reavaliação probatória na ausência de fato novo a demonstrar a falsidade da prova essencial na qual se fundou a sentença. Não seria permissível, pois, a eterna rediscussão do mérito de depoimentos ou documentos na ausência de novos elementos de convicção que demonstrem falsificação de laudos e coação ou corrupção de peritos, testemunhas e informantes, mas uma vez constatada a falsidade material ou ideológica de prova essencial no qual se fundou a sentença absolutória, permitir-se-ia sua revisão *pro societate*, em caso de grave violações de direitos humanos.

Nas três hipóteses ora propostas, há vícios de tal gravidade que tornam inexistente ou fraudulenta a coisa julgada absolutória obtida mediante falsidade, coação, conluio ou dolo, sendo possível o manejo de revisão criminal *pro societate* com fulcro nos arts. 1.1, 8.1 e 25 da CADH, caso se trate de hipótese de grave violação de direitos humanos, cabendo o ônus desta prova ao Ministério Público.

Indaga-se: seria mesmo inconstitucional superar ou rescindir uma absolvição comprovadamente fundada em corrupção de magistrado ou membro do Ministério Público, em coação institucional ou pessoal contra magistrados e promotores, em conluio entre as partes, em laudo falsificado ou emitido por perito corrompido ou coagido, ou em testemunhos coagidos ou corrompidos, permitindo-se a impunidade de graves violações de direitos humanos cujos autores ainda tenham sido beneficiados por tais expedientes escusos? A resposta há de ser negativa, permitindo-se, nestes casos restritos, a superação da coisa julgada absolutória diante das obrigações positivas em matéria penal reconhecidas pela Corte IDH para proteção às vítimas de violações de direitos humanos.

4.4. Sistema de justiça criminal, celeridade e eficiência das investigações e do processo. A vítima e o processo penal

O reconhecimento de mandados implícitos de criminalização pela Corte IDH impõe, ainda, um dever de adequação e eficiência das investigações de graves violações de direitos humanos, com a observância de protocolos internacionais de investigação⁶¹ e perícia forense, abrangendo o acatamento, preservação e toda a cadeia de custódia dos vestígios relevantes (em boa hora regulamentada pela Lei 13.964/19, acrescentando os artigos 158-A a 158-F ao CPP), a alocação e qualificação de recursos humanos, o fornecimento de insumos, a independência dos investigadores frente a investigados, a elaboração e cobrança de padrões, metas e rotinas operacionais.⁶² Exige, ademais, a garantia de proteção e segurança a investigadores, operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores e uma maior celeridade nas investigações e processos relativos a graves violações de direitos humanos, traduzindo um mandado de otimização destas funções estatais. Como corolário, pode acarretar a inconveniência de normas e procedimentos caso sejam manifestamente contrários à eficiência e celeridade (como pode ocorrer pela tramitação triangular

⁶¹ Maranhão (2019, p. 155-160) anota a necessidade de observância de protocolos como o Manual da ONU sobre Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais e o Protocolo de Istambul (Manual para Investigação e Documentação Efetivas de Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes), este último expressamente objeto da Recomendação nº 31, de 27 de janeiro 2016 do Conselho Nacional do Ministério Público.

⁶² Dondé (2013, p. 323-325) anota que após ser condenado pela Corte IDH no caso Gonzáles e outras (Campo Algodonero) c. México, aquele país teria estabelecido uma rede de cooperação entre diversas instâncias de segurança pública e persecução e implementando protocolos nacionais de investigação para desaparecimentos, violência sexual e feminicídio, permitindo buscas imediatas.

de inquéritos policiais entre polícia e Ministério Público pelo cartório judiciário⁶³, por exemplo, violando a um só tempo o sistema acusatório e o dever de eficiência).

Outrossim, garantem-se às vítimas⁶⁴ de violações de direitos humanos e seus familiares uma ampla possibilidade de participação em todas as etapas da investigação e do processo e o direito à obtenção de uma resposta judicial em tempo adequado: a Corte IDH considera que a demora no processamento e julgamento de violações de direitos humanos constitui, *per se*, nova violação à norma convencional relativa à garantia do devido processo legal e do recurso efetivo (art. 8.1 e 25 da CADH). Consequentemente, o mandado de otimização incide também na fase processual, instando o Ministério Público e o Poder Judiciário a velarem pela observância da normativa interamericana que exige uma duração razoável do processo como direito das vítimas de violações de direitos humanos.

4.5. Limites sobre causas de exclusão da ilicitude e exculpantes e julgamentos no Tribunal do Júri

Ademais, as obrigações positivas em matéria penal incidem como vetor de interpretação do direito interno, inclusive para comprimir o âmbito normativo facultado ao reconhecimento legal e judicial de causas de exclusão de ilicitude e de exculpantes (ANDRADE, 2019, p. 375-379). Com efeito, não seria compatível com a CADH norma que considerasse lícito o homicídio de pessoa desarmada fugindo de perseguição policial ou a tortura de criança a pretexto do direito à criação dos filhos, como já decidido pela CEDH com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme narram Ashworth (2004, p. 204) e Mowbray (2004, p. 43-45).

Tampouco seria válida perante a CADH norma que exculpasse servidor público que agisse em *obediência hierárquica* em cumprimento a ordem manifestamente ilegal de proceder à execução sumária, estupro ou tortura. De modo semelhante, no âmbito do Tribunal do Júri deve ser coibida pelo magistrado presidente a sustentação de teses acerca de causas justificantes ou exculpantes manifestamente contrárias aos direitos humanos assegurados na CADH, intervindo para coibir abusos (art. 497, III, do CPP). Pense-se, como exemplo, em teses de licitude de homicídio de pessoas com antecedentes criminais ou suspeitas de crimes, mendigos, adolescentes infratores, ou integrantes de determinada raça, etnia, grupo religioso ou social, ou mesmo em decorrência de traição em relacionamento amoroso (legítima defesa da honra).

⁶³ Neste sentido, a tramitação direta de inquéritos policiais entre a polícia e o Ministério Público foi expressamente estabelecida, no âmbito federal, pela Resolução do Conselho de Justiça Federal nº 63, de 26 de junho de 2009. Indo além, Ramos (2015, p. 340) chega a afirmar a jurisprudência da Corte IDH com relação a graves violações de direitos humanos “exige modificações no obsoleto sistema do inquérito policial brasileiro, que elucida menos de 8% dos crimes contra a vida”.

⁶⁴ Peres (2019, p. 315-317) anota que as sentenças condenatórias da Corte IDH contribuíram no México para a edição de uma Lei Geral de Vítimas, aprovada em 9 de janeiro de 2013, assegurando o direito das vítimas de violações de direitos humanos à assistência, proteção, atenção, verdade, justiça, reparação integral, participação e devida diligência, criando um registro nacional de vítimas e um fundo de assistência e reparação integral.

Como corolário, ainda, é de se rejeitar veementemente a tese que atribui suposto direito absoluto de clemência aos jurados para provocar absolvições arbitrárias e manifestamente contrárias à prova dos autos, exigindo-se ao menos a possibilidade de recurso ministerial nestes casos (art. 593, III, d, do CPP).⁶⁵

Assim, percebe-se que o âmbito da licitude e da irresponsabilidade por violações de direitos humanos, decorrente da aplicação de causas de exclusão da licitude ou culpabilidade, resta comprimido pelo reconhecimento das obrigações positivas em matéria penal pela Corte Interamericana, cujos influxos influenciam a interpretação do ordenamento pátrio, inclusive constitucional (AMBOS; BÖHM, 2011; MAUÉS, 2017, p. 6-7), repelindo que o Estado cooneste, por exemplo, execuções sumárias e grupos de extermínio, por mero voluntarismo do julgador leigo: exige-se, aqui, a possibilidade jurídica de recurso contra absolvições, caso estejam em manifesto desacordo com a prova dos autos (ANDRADE; FISCHER, 2020).

4.6. Incidência indireta da jurisprudência da Corte IDH sobre decisões internas do Judiciário e Ministério Público. Óbices do controle difuso de constitucionalidade e da independência funcional

Por fim, é de se ressaltar que a jurisprudência interamericana opera efeitos internos a partir das normas dos arts. 63.1 e art. 68.1 da CADH. Dessa maneira, em que pese a Corte IDH seja a intérprete última da Convenção, suas decisões não produzem efeitos jurídicos internos diretos e imediatos. Ao revés, aclarando o teor da norma convencional e apontando as providências necessárias para seu cumprimento, as sentenças da Corte IDH entram no ordenamento interno de forma indireta, através das decisões das autoridades internas aplicando a CADH.

Assim, o fato de a Corte IDH determinar a reabertura de processos, a retomada da persecução penal ou a ineficácia da coisa julgada absolutória em casos específicos, apenas indica que tais providências seriam necessárias ao cumprimento dos deveres trazidos pela CADH, cabendo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público brasileiros, no exercício de funções, decidir acerca da viabilidade e exequibilidade interna da decisão interamericana, diante do controle difuso de constitucionalidade e da independência funcional, constitucionalmente assegurados. Por outro lado, isto não lhes retira um pesado ônus de fundamentação e argumentação sempre que concluírem ser inviável juridicamente a solução preconizada pela Corte IDH diante de óbice constitucional superior, já que, sempre que possível, devem promover o cumprimento das decisões e normas interamericanas, dando-lhes efetividade, de molde a valorizar as diretrizes constitucionais do art. 1º, II e 4º, II, da CRFB e art. 7º do ADCT e a promover o cumprimento da norma convencional, vigente e superior a toda a legislação infraconstitucional.

⁶⁵ Em 7 de maio de 2020 (DJe 22jun.2020), o STF reconheceu repercussão geral (Tema nº 1.087) à questão da recorribilidade das absolvições do Tribunal do Júri fundadas no quesito genérico de defesa frente à soberania do júri. Para aprofundamento acerca dos reflexos do reconhecimento de mandados implícitos de criminalização sobre suposto direito de clemência no júri, vide Andrade e Fischer (2020).

5. Conclusões

1) O Brasil se submeteu à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 10 de dezembro de 1998 e, desde então, está juridicamente vinculado ao cumprimento de suas decisões (art. 68.1 da CADH), que devem orientar a conduta das autoridades nacionais em todos os poderes, órgãos e entes federativos, prevalecendo sobre todo o ordenamento interno infraconstitucional, conforme força normativa supralegal atribuída aos tratados de direitos humanos pelo STF no julgamento do RE 466.343.

2) A jurisprudência da Corte IDH, assim como a análoga jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), reconhece a existência de mandados implícitos de criminalização, ou obrigações positivas de tutela penal dos direitos humanos assegurados nas respectivas convenções. Assim, diante do dever dos Estados-partes de garantirem os direitos previstos na CADH (art. 1.1 da CADH) e de assegurar um devido processo legal (art. 8.1 da CADH) e um recurso judicial efetivo às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), afirma-se o dever convencional de investigar adequadamente (com tempestividade, seriedade, imparcialidade e exaurimento dos meios de prova e garantindo-se ampla participação das vítimas e familiares), promover a persecução e, sendo o caso, punir os responsáveis por violações de direitos humanos.

3) Ademais, tratando-se de graves violações de direitos humanos, a jurisprudência da Corte IDH considera inadmissíveis a concessão de anistia, indulto, graça, o curso de prazos prescricionais ou decadenciais e a incidência de obstáculos processuais que impeçam a persecução e julgamento penal de mérito, afastando, ainda, o reconhecimento da causa exculpante da obediência hierárquica.

4) Em adição, a Corte IDH considera nestes casos que nem mesmo a coisa julgada absolutória constitui óbice ao dever de persecução penal de graves violações de direitos humanos, sempre que decorresse de um julgamento em que não tenham sido observados os padrões interamericanos (de ampla participação da vítima, exaurimento e adequação das atividades investigativas e persecutórias, imparcialidade e ausência de coação a investigadores, promotores e magistrados), bem como sempre que surjam novas provas que permitam determinar a responsabilidade pelos fatos.

5) A Corte IDH considera como *graves violações* de direitos humanos a prática de tortura, maus tratos, execuções extrajudiciais, desaparecimento forçado, trabalho escravo, expulsão forçada da população civil e o estupro, quando praticados por agentes públicos ou por grupos armados paraestatais ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos. O conceito de graves violações de direitos humanos abrange, mas não se confunde, com o de crimes contra a humanidade, prescindindo do elemento contextual de ataques sistemáticos ou generalizados no âmbito de uma política estatal.

6) As sentenças da jurisdição contenciosa da Corte IDH são vinculantes (art. 68.1 da CADH) e, sempre que compatíveis com a Constituição, devem ser

cumpridas pelo país por intermédio de todos seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e do Ministério Público, por força do princípio da boa-fé (*pacta sunt servanda*). Consequentemente, todos os agentes públicos devem promover um controle de convencionalidade acerca das normas internas, similar ao controle de constitucionalidade, para afastar sua aplicação quando contrariarem a CADH, inclusive levando em consideração a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH.

7) A submissão do país à jurisdição da Corte IDH, contudo, não torna o tribunal internacional uma quinta instância recursal, não produzindo suas decisões efeitos diretos em processos em curso, senão pela decisão das autoridades nacionais.

8) Ademais, a CADH e a jurisprudência da Corte Interamericana permanecem submetidas, para efeitos internos, à Constituição e à jurisdição constitucional brasileira. Entender de forma diversa outorgaria à Corte IDH um poder supraconstitucional e ilimitável e permitiria alterações constitucionais sem observância dos limites constitucionais, o que estaria em dissonância com as normas do art. 1º, I, art. 4º, I, e art. 60, §§1º a 4º da CRFB, violando cláusulas pétreas e o conteúdo mínimo de soberania nacional.

9) Tal entendimento não traduz violação ao princípio da boa-fé no plano internacional, eis que haveria manifesta falta de competência dos poderes Executivo e Legislativo em vincular o país no sentido de afastar do Poder Judiciário a função de controle de constitucionalidade, subsumindo-se à regra do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a permitir nestes casos, a invocação de óbice interno. Seria, pois, nula, interna e internacionalmente, a interpretação de que a ratificação da CADH ou a submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH impediriam o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade pela jurisdição brasileira.

10) Como consequência, os mandados implícitos de criminalização reconhecidos pela jurisprudência da Corte IDH são limitados pela garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB) e da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CRFB), não sendo constitucionalmente possível o afastamento generalizado do óbice da coisa julgada absolutória nos termos pretendidos pela Corte IDH e a aplicação da imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia *decorrentes da CADH* a fatos anteriores ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte pelo Brasil, em 10.12.1998.

11) Contudo, admitir-se-ia a incidência da jurisprudência da Corte IDH e da CADH sobre a regulamentação infraconstitucional da coisa julgada absolutória, desde que não esvaziado o conteúdo essencial da garantia constitucional. Assim, faz-se viável o afastamento de sentença absolutória transitada em julgado, em se tratando de grave violação de direitos humanos, por aplicação dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH, quando encerrasse coisa julgada inexistente (tratando-se de simulacro de julgamento, obtido mediante falsificação ou prevaricação) ou fraudulenta (quando o julgamento fosse decorrente de coação institucional ou pessoal, conluio, fraude ou indução dolosa a erro por vício de prova fundamental, como nos casos de laudos e perícias falsas ou testemunhos corrompidos ou coagidos), vedada, mesmo nestes casos, a mera rediscussão da legalidade processual ou mero reexame probatório na ausência de prova nova a demonstrar o vício.

12) Outrossim, a partir do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte IDH em 10.12.1998 é vedado o cômputo de prazos prescricionais ou a concessão de anistia, indulto ou graça, com relação a graves violações de direitos humanos, diante do teor das obrigações positivas em matéria penal reconhecidas pela jurisprudência interamericana com base nos artigos 1.1, 8.1 e 25, na forma do art. 68.1, todos da CADH. Contudo, com relação a situações jurídicas já definidas pela extinção da punibilidade, ou mesmo com relação a fatos anteriores a 10.12.1998, não se faz viável a retroação, em detrimento do réu, da norma interamericana determinante da imprescritibilidade e vedação de incidência de causas de extinção da punibilidade, sem prejuízo de que tais questões possam ser analisadas de modo autônomo à luz do *ius cogens* internacional.

13) Os mandados implícitos de criminalização decorrentes da CADH são limitados pelo controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pela separação constitucional de poderes e pela autonomia constitucional do Ministério Público e pela independência funcional de seus membros. Assim, são ineficazes no plano interno quaisquer determinações da Corte IDH no sentido de impor providências internas a membros do Poder Judiciário e do Ministério Público ou de que se abstenham de proceder ao controle da constitucionalidade da norma convencional. Contudo, declarando o teor da norma convencional, aumentam os ônus de fundamentação de decisões internas que não a implementem por razões superiores.

14) As obrigações positivas em matéria penal são aptas a restringir a aplicação de causas justificantes e exculpantes, vedando que sejam fundadas em discrimen contrário à CADH ou que acarretem proteção manifestamente deficiente a direitos humanos. À guisa de exemplo, vedam a justificação ou a exculpação de homicídio ou tortura porque estivesse a vítima fugindo desarmada, dispusesse de antecedentes criminais ou infracionais, fosse de determinada etnia, raça ou orientação sexual ou professasse determinada religião, devendo, no caso dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, ser coibida pelo magistrado a veiculação de teses similares em plenário, esclarecendo-se sua contrariedade à CADH e à CRFB. Determinam, ainda, a impossibilidade de concessão arbitrária de clemência por mero voluntarismo do jurado leigo em coonestar execuções sumárias, exigindo a possibilidade de recurso de mérito contra sentenças absolutórias que sejam manifestamente contrárias às provas dos autos.

15) Por fim, as obrigações positivas em matéria penal exigem a possibilidade de ampla participação das vítimas em todas as fases da investigação e processo, a adoção de políticas públicas que visem maior eficiência e estruturação dos órgãos responsáveis pela investigação, perícia técnica, persecução e processamento penal, determinando a alocação de recursos orçamentários minimamente compatíveis com tais necessidades, a entrega de insumos técnicos necessários, a preservação da cadeia de custódia de provas técnicas, a proteção de investigadores, operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores e uma maior eficiência e celeridade nas investigações e processos relativos a graves violações de direitos humanos, traduzindo-se em mandados de otimização da função estatal de investigação, persecução e processamento penal.

Arremata-se o artigo com o diagnóstico realizado por Piovesan (2013, p. 367) sobre o sistema interamericano de defesa dos direitos humanos: ainda que algumas decisões da Corte IDH possam ser passíveis de críticas, não há como se negar o indispensável papel exercido pela Corte IDH e demais órgãos interamericanos na consolidação dos direitos humanos na América Latina:

O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados.

Referências

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2014.

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO; Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

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

_____. Graves violações de direitos humanos e anistia: os casos Gomes Lund e Herzog e as ADPFs 153 e 320. In: *Hard Cases – Controle de convencionalidade e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal*. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi (dir.); BRANDELISE, Ane Elise; COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (coord.); LEAHY, Érika (org.). Curitiba: Instituto Memória, 2020.

_____. Revisão criminal *pro societate* e obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. In: *Homenagem ao Professor Sérgio Demoro Hamilton*. GARCIA, Emerson (org.). Rio de Janeiro, Revista do MP, 2020. No prelo.

_____; FISCHER, Douglas. Júri e absolvição contra a prova dos autos: clemência absoluta ou arbítrio? *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, ano 31, nº 103, 2020. No prelo.

APONTE, Alejandro. Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (edits). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013.

ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicin e Alessandro Berti Contessa. 2ª ed. 5. tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Milano: Vita e pensiero, 2003.

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. *Os Direitos Humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

CANÇADO TRINDADE. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.7-62.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. rev. atual., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONDÉ, Javier Matute. Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

_____. Influencia de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en México. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (edits). Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd ed. Ithaca: Cornell University, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay). In: *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°2, 2013, p. 641-694.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FRIEDE, Reis. *Revisão da Lei de Anistia: um contraponto*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2018.

GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

GIL GIL, Alicia. Eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (edits). Berlín/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Coleção Ciência Criminal Contemporânea*, vol. 11. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto brasileiro e a proteção unitária dos direitos humanos na consagração da cidadania transnacional*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2018.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

In: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010.

_____. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional.* Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas e Grupo Editorial Ibañez, 2012.

MARANHÃO, João Guilherme Fernandes. Obrigação geral de investigar, processar e punir no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In: Sistema Interamericano de Direitos Humanos: teoria e prática.* ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 137-180.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e diálogo judicial. *In: O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México.* MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Controle constitucional da convencionalidade das leis.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

_____. Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais.* Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional.* 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights.* Hart publishing. Oxford/Portland: 2004.

OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation. *In: Post-conflict Justice,* BASSIOUNI, Cherif M. (edit), Ardsley: Transnational Publishers, 2002.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado.* Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari.* Pisa: Edizioni ETS, 2009.

PARRA VERA, Oscar. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *In: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.* Año 13, n.1, nov. 2012, p. 5-51.

PASTOR, Daniel R. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. - Bogotá: Ibañez, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERES, Luciana. Mecanismos de implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na América Latina: adequações institucionais na Colômbia, no México, na Argentina e no Brasil. In: *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: teoria e prática*. ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 285-348.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Dauri Cesar; PETER FILHO, Jovacy; SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; ULHOA, Paulo Roberto; FUCHS, Horst Vilmar (coords) [FABRIZ, Dauri Cesar et al. (coords)]. Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

RAMOS. André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 62, 2006, p.9-55, set-out/2006.

_____. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, nº 47, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". In: *Derecho Penal y Criminología*, v. 29, n. 86-87, 2008, p. 149-172.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXII, n. 97, 2005.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, nº 108, 2014.

VERVAELE, John A.E. Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: ¿del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS*. v.1. n.1. (2013), p. 03-36.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In: *Studi in onore di Mario Romano*. IV. Napoli: Jovene Editore, 2011.

ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.