XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Rogerio Luiz Nery Da Silva

Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-788-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Atentos aos desafios para a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, efetivamente justa e concretamente solidária, o Conselho Nacional das Pós Graduações em Direito (CONPEDI) buscou reunir diversos pensadores – autores e pesquisadores – do direito e de ciências congêneres, em ambiente de multirelacionamento direto, convergente ou transversal com as políticas públicas, tomando a iniciativa de organizar o XXVIII Encontro Nacional do Conpedi – CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO, em ardoroso trabalho conjunto com o Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e, tendo como parceiras: a CAPES, o CNPQ, a ESA/OAB-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV), além de diversas instituições e organizações apoiadoras e colaboradoras, a quem prestamos as mais agradecidas homenagens pela nobreza de espírito empreendedor e estimulador da pesquisa científica em direito.

Durante os dias 19, 20 e 21 de junho, na acolhedora cidade de Goiânia, foram conduzidos diversos painéis e realizados workshops com a apresentação de produção científica por Grupos de Trabalhos. Coube, honrosamente, à Profa. Dra. Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul) e ao Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva (Programa de Pós Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC) a coordenação do Grupo de Trabalho sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos I.

Os trabalhos submetidos foram avaliados pelo sistema Double Blind Peer Review Policy, aprovados por um plantel de avaliadores ad-hoc e selecionados para serem apresentados por seus autores e debatidos perante a comunidade acadêmica. Constaram produções literárias jurídicas sobre diversos matizes da proteção internacional dos direitos humanos, tais como a atuação dos atores internacionais, notadamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como foram objeto de tratamento específico os temas de imigração, migração, refúgio, minorias, liberdades de expressão, religiosa e desporto, e temas correlatos, assim como: extradição, terrorismo e manutenção da paz e a responsabilidade solidária de todos, inclusive das empresas pela busca do bem comum e da paz.

A presente publicação busca brindar os prezados leitores com as contribuições versadas naquela oportunidade, quase que em tempo real, alinhada com a ideia de responsividade administrativa, fiscal e social, tão necessárias nesta quadra histórica.

A todos excelente leitura e estimulantes reflexões.

Goiânia, GO, 21 de junho de 2019.

Profa. Dra. Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho (UFMS)

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ENTRE DIREITOS E GARANTIAS: TUTELA PENAL E EFETIVIDADE

BETWEEN RIGHTS AND GUARANTEES: CRIMINAL PROSECUTION AND EFFECTIVENESS

Cíntia Menezes Brunetta [1]
Carlos Marden Cabral Coutinho [2]

Resumo

O artigo se propõe, com o auxílio de alguns casos da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, a fazer uma contraposição entre os dois direitos fundamentais envolvidos no direito penal: o direito (da sociedade e da vítima) à tutela penal efetiva e o direito (do acusado) à utilização de todos os instrumentos judiciais disponíveis para possibilitar sua defesa. A metodologia empregada no desenvolvimento do texto é descritiva-documental. À título de conclusão, serão feitas algumas considerações sobre as últimas reformas do Código de Processo Penal e seu diálogo com a proteção da tutela penal.

Palavras-chave: Corte interamericana de direitos humanos, Comissão interamericana de direitos humanos, Tutela penal célere, Tutela penal eficaz, Reforma processual penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article, with the aid of cases from the Inter-American Court and from the Inter-American Commission of Human Rights, has the purpose of making a contrast between two fundamental rights involved in criminal law: the right (of the society and the victim) to effective criminal prosecution and the right (of the accused) to the use of all the judicial instruments for the defense. The methodology used in the development of the text is descriptive-documentary. As a conclusion, some considerations will be made on the latest reforms of the Criminal Procedure Code and their dialogue with the protection of criminal prosecution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inter-american court of human rights, Inter-american commission of human rights, Effective criminal prosecution, Speedy criminal prosecution, Criminal procedure reform

[1] Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2002), MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas e é Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS.

[2] Possui Graduação, Especialização e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000) e Doutorado (Direito Processual) pela Pontíficia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2014).

INTRODUÇÃO

Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, em sua obra *Dei Delitti e Delle Pene*, impressa em 1764, já prenunciava que não é a severidade da pena como punição que traz o temor do criminoso, mas, sim, a certeza de que será punido. Segundo ele, "*a perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade*" (BECCARIA, 2006, p. 49).

Tal percepção foi o que inspirou o presente ensaio.

De fato, o artigo que ora se apresenta, com o auxílio de alguns casos paradigmáticos da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos que culminaram com a condenação do Estado brasileiro, ou com uma recomendação a ele, tem como objetivo fazer uma contraposição entre os dois direitos fundamentais envolvidos no direito penal: o direito fundamental (da sociedade e da vítima) à tutela penal efetiva e o direito fundamental (do acusado) à utilização ampla de todos os instrumentos judiciais disponíveis para possibilitar sua defesa.

Trata-se, por óbvio, de um breve panorama, no qual não se terá a pretensão de esgotar o tema, porquanto extremamente provocante e polêmico para os juristas em geral e em especial os juízes.

Na verdade, o que se busca é instigar uma reflexão que não encontra atualmente eco relevante nos estudos de direito penal, nos quais o direito do acusado tem ganhado uma dimensão bem maior que o direito a ver concretizada a persecução e punição estatal (que, na maioria das vezes, sequer é aventado, apesar de sua efetividade ser uma das facetas do próprio direito fundamental do acesso à justiça).

Procurar-se-á mostrar que, de fato, pender para um lado, ou para o outro, retira a legitimidade social da defesa de cada um dos bens tutelados, já que o que restará será a justificável sensação social de impunidade ou o legítimo sentimento de que o julgamento não foi imparcial.

A partir da percepção de ser o direito penal um instrumento que possibilita o exercício do dever estatal de proteção de bens jurídicos fundamentais, não se defenderá o direito da vítima à condenação do réu, mas, sim, que o Estado adote todas as providências adequadas e necessárias para a identificação, persecução e punição do autor da violação ao seu direito (que não se confunde necessariamente com aquele que está sendo acusado).

Para tanto, no primeiro tópico, irá se discorrer sobre o direito a uma tutela penal efetiva, situando tal direito dentro os chamados direitos fundamentais de terceira geração, que se manifestam de maneira difusa.

No segundo tópico, serão traçadas breves considerações sobre a Corte e a Comissão Interamericanas de Direitos Humanos: seus papéis no cenário internacional e a relevância de suas atuações consultivas e contenciosas.

No terceiro e quarto tópicos, analisar-se-ão casos oriundos da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, que, na visão dos autores, corroboram a percepção de existência – e correlata necessidade de adoção de medidas de garantia – de um direito fundamental à tutela penal célere e de um direito fundamental à tutela penal efetiva.

Por fim, à título de conclusão, serão feitas algumas considerações sobre as últimas reformas do Código de Processo Penal e seu diálogo com a proteção da tutela penal.

A metodologia empregada no desenvolvimento do texto é descritivo-documental.

1. Do direito fundamental à tutela penal efetiva

Sob o prisma material, fundamentais são, em síntese, os direitos essenciais ao homem e à sociedade, vitais a ponto de conformar a própria estrutura do Estado que passa a ser voltada para sua proteção e concretização. Não são, assim, meras declarações da Constituição Federal ou das demais cartas internacionais, devendo o jurista extrair do seu estabelecimento a obrigação do Estado a realizar e editar atos no sentido de assegurá-los na prática.

Reconhecendo a Constituição que, para determinados ataques, apenas o uso da tutela penal confere proteção a determinado bem jurídico fundamental, esta passa automaticamente a estabelecer a obrigação de o Estado, a fim de dar concretude a estes direitos, assegurar a segurança dos indivíduos e efetivar a punição daquele que venha a praticar a violação dos bens resguardados.

O direito penal, afinal, não pode ser visto apenas como um conjunto de normas tendentes a limitar o poder punitivo estatal, mas também como um instrumento dirigido à proteção dos direitos fundamentais de cada pessoa, individualmente considerada, e de toda a coletividade.

Como bem expôs Fernando Braga (2005):

> Ao punir os agentes que cometeram determinado crime, o Estado reafirma positivamente aqueles valores sociais protegidos pela norma penal, pois,

> se de um lado esta restringe a liberdade dos indivíduos, proibindo certos comportamentos ou impondo-lhes outros, de outro também a assegura, na medida em que põe sob tutela do Direito os seus bens ou interesses reputados como socialmente valiosos.

Ignorar o Estado um ou outro prisma descrito acima é retirar a legitimidade social de sua própria atuação, a qual só é plenamente respaldada a partir do momento em que ambos os direitos fundamentais envolvidos no conflito são preservados sem que um atinja o núcleo fundamental do outro.

Por outro lado, ainda que em alguns casos não exista uma vítima - pessoa física ou jurídica - individualizada como titular de tal proteção, este fato não descaracteriza o direito à tutela penal efetiva como direito fundamental. O titular de tal direito fundamental será toda a coletividade, do mesmo modo que nos chamados direitos fundamentais de terceira geração (ou dimensão), que se manifestam de maneira difusa, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado. Aliás, não por outro motivo é que o princípio da indisponibilidade sempre teve atuação tão marcante no processo penal.

Dar uma relevância superior ao direito do acusado de utilizar todas as formas de defesa imagináveis (e por vezes abusivas) em detrimento da prestação jurisdicional é negar a obrigação do Estado de emprestar igual relevância ao direito fundamental da sociedade e da vítima a uma tutela penal que seja, de fato, **célere**.

Da mesma forma, o juiz que, ao dosar a pena, em uma postura comodista, deixa de analisar as circunstâncias e conseqüências do crime (artigo 59 do Código Penal) e se limita a cominar pena mínima, ignorando a necessidade de a punição não só existir e ser rápida, mas também ser **eficaz**, viola tanto o direito quanto aquele que, também acriticamente, comina a pena máxima.

Na verdade, o discurso exacerbado do direito fundamental do acusado, que guiou a maioria das reformas do Código de Processo Penal[1], sem o necessário contraponto demonstrado neste artigo, tende a retirar sua própria legitimidade e o transforma em alvo fácil daqueles que defendem que, em matéria penal, direitos humanos são apenas os direitos do criminoso.

A efetividade da tutela penal se apresenta, assim, como uma das facetas do direito fundamental do acesso à justiça, o qual não se resume ao mero acesso ao Judiciário, mas, sim, à entrega efetiva da prestação jurisdicional, seja na seara cível, como na criminal.

[1] A guisa de exemplo, em 2008: o alargamento do prazo para a apresentação de defesa e a instituição de não apenas uma (alegações finais), mas duas defesas indispensáveis, cuja falta enseja a nomeação de defensor *ad hoc* e conseqüente maior elastecimento do prazo para apresentação.

2. Breves considerações sobre a Corte e a Comissão Interamericanas de Direitos Humanos

De forma a situar o leitor no presente trabalho e justificar o estudo a partir da análise da jurisprudência internacional, relevante é traçar algumas brevíssimas considerações sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH e sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, seus papéis no cenário internacional e a relevância de suas atuações consultivas e contenciosas.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo (corroboradas, de certa forma, pela ordem jurídica interna alemã do período), surgiu um ramo jurídico considerado como o direito do pós-guerra, inspirado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O "Direito Internacional dos Direitos Humanos" baseia-se na concepção de que toda nação tem o dever de respeitar os direitos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.

Fortaleceu-se, assim, a ideia de que a proteção dos direitos fundamentais do ser humano não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência ou jurisdição nacional exclusiva, porquanto se revela tema de legítimo interesse internacional.

Com efeito, deve-se entender que a proteção destes direitos proclamados, inerentes ao homem, não se esgota (e nem pode se esgotar) na ação do Estado. Assim, "*é precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos que são acionados os instrumentos internacionais de proteção*" (TRINDADE, 2000)

Enquanto os demais tratados procuram conciliar os interesses dos Estados Partes, os Pactos e Convenções de Direitos Humanos são elementos de uma arquitetura protetora de direitos que se afirmam *erga omnes* perante o interesse de toda a comunidade internacional (ALVES, 1997).

Na lição de Cançado Trindade (2000), os tratados de direitos humanos beneficiam diretamente os indivíduos e grupos protegidos. Cobrem relações (dos indivíduos frente ao poder público), cuja regulamentação fora outrora o apanágio do direito constitucional. E diversas Constituições modernas, a seu turno, remetem expressamente aos direitos

consagrados nos tratados de direitos humanos, a um tempo revelando nova postura ante a questão clássica da hierarquia normativa dos tratados internacionais vigentes, assim como concedendo um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.

No que se refere à posição do Brasil, em relação a essa nova conjectura internacional, há, por bem, de serem consideradas as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange ao primado de prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais (artigo 4º, inciso II, CF/88), significando tanto o engajamento do Brasil no sistema internacional de edificação de normas protetivas de direitos humanos, quanto à preocupação em integrar as regras internacionais à ordem jurídica interna.

No plano regional, foi criado formalmente o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH) a partir da aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na Nona Conferencia Internacional Americana realizada em Bogotá em 1948. Fazem atualmente parte do SIDH a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos surgiu, a partir do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) (1968), como uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tendo sua jurisdição sido aceita pelo Brasil em 1998.

A Corte IDH é composta por sete juízes, nacionais dos Estados membros da OEA – Organização dos Estados Americanos, 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 (cf. artigo 4º do estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Para que a demanda seja apresentada à Corte é necessário que haja indicativos claros de omissão ou ineficiência das autoridades incumbidas da apuração e responsabilização dos culpados no âmbito interno dos Estados.

O procedimento seguido pela Corte IDH para resolver os casos contenciosos que se submetem a sua jurisdição compreende duas fases: (a) a fase contenciosa (composta de seis etapas: escrita inicial; oral ou de audiência pública; escritos de alegações e observações finais das partes e da CIDH; diligências probatórias; estudo e emissão de sentenças e solicitações de interpretação) e (b) a fase de supervisão de cumprimento de sentença.

A seu turno, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), junto com a Corte IDH, como já se apontou, integra e completa o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tendo sua sede em Washington.

A Comissão é composta por sete juristas eleitos por mérito e títulos pessoais, e não como representantes de nenhum governo. Exerce funções contenciosas e consultivas. A primeira objetiva solucionar casos em que se imputa a um Estado parte a violação da convenção. A segunda refere-se à faculdade que têm os Estados membros de consultar a mesma sobre a interpretação da convenção e de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos.

A CIDH realiza seu trabalho com base em três diretrizes: sistema de petição individual, monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros e atenção a linhas temáticas prioritárias.

Cabe, ainda, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após proceder a juízo de admissibilidade de um caso, requerer à Corte IDH sua apreciação e julgamento, sendo uma das únicas legitimadas para tal, junto com os Estados que fazem parte da Convenção.

Em casos de extrema urgência, podem ser adotadas, pela CIDH, medidas cautelares para evitar danos irreparáveis às pessoas, tanto em casos que estejam sob o conhecimento da Corte, como em assuntos que ainda não tenham sido submetidos à sua análise.

Apenas para ilustrar, em 2017 (dados mais recentes), 148 (cento e quarenta e oito) petições envolvendo o Brasil estavam em tramitação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e mais 165 (cento e sessenta e cinco) estavam pendentes de estudo inicial. No caso, o Brasil foi o 5º país membro do SIDH mais demandado no ano-base (2017) e, desde 2006, foram 15 (quinze) medidas cautelares outorgadas contra o país e 7 (sete) casos foram enviados à Corte Interamericana de Direitos Humanos para apreciação.

3. Do direito à tutela penal célere e a análise de casos oriundos da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos

Tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH quanto a Corte IDH vêm sistematicamente considerando como violação do direito de proteção aos direitos humanos a não apuração, de forma rápida, dos crimes praticados em detrimento destes, reconhecendo, como integrante do acesso à justiça, o direito a um processo penal célere.

Para a Corte IDH, a impunidade dos criminosos, entendida como a falha no conjunto de investigação, persecução, captura, processo, condenação e efetiva punição, ofende os direitos humanos das vítimas, já que "*propicia a renovação crônica das violações dos direitos humanos, deixando absolutamente indefesas as vítimas e seus familiares*" (RAMOS, 2001).

Já segundo a CIDH, a *ineficiência*, *negligência* ou *omissão* no desenvolvimento das investigações e processos por parte das autoridades estatais brasileiras não só exime os envolvidos da obrigação de esgotar os recursos da jurisdição interna para recorrer à Corte IDH, como também infringe o artigo XVIII da Declaração e os artigos 8 e 25 da Convenção, ao privar os familiares das vítimas do direito de obter justiça dentro de um prazo razoável pela via de um recurso simples e rápido.

Na realidade, ambas as entidades consideram tais atividades formadoras de um tipo de garantia de não-repetição, circunstância que deixam clara - e digna de um capítulo específico – na quase totalidade de suas decisões.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, os critérios para determinar a razoabilidade do prazo do processo seriam: 1. A complexidade do caso. 2. A conduta da parte prejudicada com relação à sua cooperação no andamento do processo. 3. A forma pela qual tramitou a etapa de instrução do processo. 4. A atuação das autoridades judiciais.

Já a Corte IDH tem decisão firme no sentido de que, se o aparato do Estado age de maneira que a violação levada a cabo fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. André Ramos (2001) assevera que tanto a CIDH quanto a Corte têm reconhecido, assim, a investigação, persecução e punição dos responsáveis por violação de direitos humanos como uma forma **autônoma** de reparação.

Exemplos paradigmáticos, mas não únicos, neste sentido são os casos "Ximenes Lopes" e "Maria da Penha", que culminaram com a condenação do Estado brasileiro em virtude de lesões causadas, entre outras coisas, pela ausência de prestação de tutela penal efetiva às vítimas e aos seus familiares.

No caso Ximenes Lopes *versus* Brasil[2], a Corte Interamericana de Direitos Humanos[3] apreciou demanda apresentada pela CIDH imputando ao Estado brasileiro a

[2] Sentença proferida em 4 de julho de 2006. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/.
[3] Integrada, na ocasião, pelos seguintes juízes: Sergio García Ramírez, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vice-

responsabilidade pela violação de diversos direitos estatuídos pela Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental, pelas supostas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra a integridade pessoal de que se alega ter sido vítima; por sua morte enquanto se encontrava submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizavam seu caso e o mantinham na impunidade.

Segundo narrou a Comissão, a vítima foi internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, no Município de Sobral, Estado do Ceará, tendo falecido em 4 de outubro de 1999, após três dias de internação. Segundo se registrou, ainda, a ação penal de apuração dos fatos narrados teve início em 27 de março de 2000 com a apresentação da denúncia pelo Ministério Público e, até 4 de julho de 2006 (quando foi o caso levado a julgamento na Corte IDH), ainda não havia sido proferida sentença em primeira instância na justiça brasileira.

Sobre o assunto, foi estatuído, pelos julgadores internacionais, que *o direito de acesso à justiça lato sensu pressupõe o entendimento de que se trata de direito à pronta prestação jurisdicional* e, ainda mais, foi registrada a necessidade - como problema não só brasileiro mas de todos os países – de "capacitação dos juízes nacionais em matéria de direitos humanos" de forma a passarem a reconhecer a veracidade daquela primeira premissa (!).

Desta forma, decidiu a Corte IDH condenar o Brasil a pagar indenização[4] à vítima e a seus familiares pela lesão causada pela Casa de Repouso Guararapes **e** pela justiça brasileira, tendo ainda advertido o Estado, no sentido de que o mesmo deve garantir que, **em um prazo razoável**, o processo interno tendente a investigar e **sancionar** os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos.

Foi, assim, estatuído, por unanimidade que, com relação aos familiares do senhor Ximenes Lopes (**destinatários da tutela penal estatal**), o Estado brasileiro havia violado o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação à **obrigação geral de respeitar e garantir os direitos** estabelecida no artigo 1.1 desse tratado.

Presidente; Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz; Cecilia Medina Quiroga, Juíza; Manuel E. Ventura Robles, Juiz; e Diego García-Sayán; Juiz;

[4] A indenização estatuída, com o fim de reparar o dano imaterial causado pela negligência do Estado foi no valor total de US$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil dólares), além das indenizações pelo dano material causado (US$1.500,00 – mil e quinhentos dólares) e custas e gastos com o processo (US$10.000,00 – dez mil dólares).

A seu turno, no caso "Maria da Penha"[5], a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), alegando a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983.

Após cuidadosa análise de todos os documentos juntados aos autos, a CIDH registrou que os tribunais brasileiros não chegaram a proferir uma sentença definitiva depois de 17 anos, e esse atraso vinha se aproximando da possível impunidade definitiva por prescrição, com a conseqüente impossibilidade de ressarcimento que, de qualquer maneira, seria agora tardio.

A Comissão então, em 2001, considerou que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma **ineficácia**, **negligência** ou **omissão** por parte das **autoridades judiciais** brasileiras e uma **demora injustificada no julgamento de um acusado**, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o réu e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito, recomendando, por fim, o pagamento de indenização, pelo Estado brasileiro, à vítima da lesão. Tal indenização, no valor de R$60.000,00 (sessenta mil reais) foi finalmente paga pelo Estado do Ceará em março de 2008, quase sete anos após a decisão da CIDH.

No caso 12.428, dos empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia por violações de direitos humanos em detrimento de 70 pessoas e seus familiares, ocorridas a partir da omissão do Estado Brasileiro em investigar e punir de forma célebre os responsáveis pela explosão numa fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, de propriedade do senhor Osvaldo Prazeres Bastos, também conhecido como "Vardo dos Fogos" e que resultou na morta de 64 pessoas que trabalhavam no local, a maioria mulheres e crianças, e em sequelas graves em mais 6 outros indivíduos.

A Comissão, no caso, considerou que "*a demora na condução do processo penal, os conflitos de competência e a falta de atuação diligente por parte das autoridades judiciais no conhecimento dos recursos foram as causas do atraso do processo penal*". Afimou, ainda, que "*o Estado não justificou devidamente a inação das autoridades, nem os longos períodos*

[5] CASO 12.051.

sem atuação". Em sendo assim, determinou que o Brasil reparasse integralmente as violações de direitos humanos declaradas no presente relatório, tanto no aspecto material como no imaterial.

Um outro caso bastante interessante no que tange à tutela penal célere que foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos é o de Vladimir Herzog e outros (caso 12.879). Embora destoante dos demais casos mencionados, uma vez que, por imposição da Lei de Anistia (Lei 6.683/79), sequer ação penal existiu para a persecução dos responsáveis pela morte do citado jornalista[6], a Comissão teve a oportunidade de, mais uma vez, ressaltar o impacto da impunidade como nova violação a direitos fundamentais, estatuindo que a impunidade que subsiste há mais de 40 anos desde a ocorrência dos fatos produz "uma profunda dor e angústia" nos familiares de Vladimir Herzog.

Assim, sem deixar de valorizar as iniciativas empreendidas pelo Estado para indenizar os familiares de Vladimir Herzog e esclarecer a verdade do ocorrido, a Comissão concluiu que o Estado violou o direito à integridade psíquica e moral consagrado no artigo I da Declaração Americana, e o artigo 5.1 da Convenção Americana em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de Zora Herzog (falecida em 18 de novembro de 2006); Clarice, André e Ivo Herzog; e o artigo VII da Declaração Americana em prejuízo de Ivo e André Herzog.

4. Do direito à tutela penal eficaz e a análise de casos oriundos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Para a tutela penal ser efetiva, ela não precisa ser apenas célere, mas, também eficaz, ou seja, tem que ser adequada e suficiente ao fim que se propõe, que é sancionar o crime praticado com penas proporcionais à sua gravidade e ameaça.

Na verdade, no momento da dosimetria, o magistrado, investido do poder jurisdicional a ele conferido, comina ao indivíduo (que reconhece como autor do delito

[6] Na verdade, houve o início da ação penal, mas determinado logo seu trancamento. De fato, em 4 de maio de 1992, o Ministério Público do estado de São Paulo solicitou à Polícia Civil de São Paulo a abertura de inquérito policial para apurar a responsabilidade de Mira Grancieri e as circunstâncias da morte de Vladimir Herzog. Em 13 de outubro de 1992, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acordou por unanimidade outorgar o habeas corpus e determinou o trancamento do Inquérito Policial Nº 487/92, em aplicação da Lei 6.683/79 – a Lei de Anistia. Em 28 de janeiro de 1993, a Procuradoria Geral de Justiça apelou da decisão. Em 18 de agosto de 1993, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou a decisão do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo que determinou o trancamento do Inquérito Policial Nº 487-92 iniciado pela Polícia Civil.

apurado) a pena que reflete e concretiza a reprovação estatal do crime cometido, objetivando com isso não só a correção da lesão, mas também sua prevenção.

De fato, embora pareça óbvio, necessário registrar que o artigo 59 do Código Penal (que trata das circunstâncias judiciais que definirão a pena base cominada ao delito) traz o instrumento jurisdicional fundamental que possibilitará a distinção, na hora de aplicação da pena, de, por exemplo, um estelionato de um salário-mínimo e outro de um milhão de reais; daquele praticado por um analfabeto agricultor e do outro perpetrado por um rico empresário. Ignorar tal instrumento, assim, é ignorar uma das principais funções do julgador na prestação da tutela penal: refletir, em sua sanção, o grau de reprovação social[7] à conduta investigada.

Neste passo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de forma semelhante com o ocorrido no tópico anterior, teve inúmeras oportunidades de analisar casos em que era alegada a falta de eficácia na tutela penal por fim concedida pelo Estado, corroborando com a conclusão deste trabalho de que existe sim violação a direito fundamental na cominação de pena inferior ao adequado segundo a reprovabilidade do fato.

Neste sentido, importante trazer à baila o resumo de dois julgados: os casos de n. 11.406 (Celso Bonfim de Lima) e de n. 11.416 (Marcos Almeida Ferreira), ambos abordados no Relatório de Mérito da CIDH n. 55/01.

No primeiro caso, em setembro de 1994, a Comissão recebeu uma denúncia que informava que Celso Bonfim de Lima, de 18 anos, funcionário de um restaurante, teria sido atingido por um disparado efetuado pelo policial militar Aurino Tavares da Silva, cuja correspondente lesão o deixou paralítico.

Segundo a denúncia, em 26 de fevereiro de 1983, Celso teria trabalhado no restaurante até às 23 horas e então, dado ao avançado da hora, teria sido autorizado a pernoitar naquele estabelecimento comercial. Policiais militares foram informados sobre uma estranha movimentação no local e decidiram verificar o que ocorria. Ali chegando, avistaram Celso dormindo, gritaram para que se levantasse e abrisse a porta do estabelecimento e, enquanto este obedecia ao solicitado, foi atingido por um tiro disparado pelo citado policial.

Em 13 de março de 1984 o policial militar Aurino Tavares da Silva foi denunciado perante a 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo por tentativa de homicídio qualificado. Seu julgamento ocorreu 10 anos depois dos fatos, quando foi o réu

[7] Veja-se que, aqui não se está falando de mero clamor social (muitas vezes induzido pela imprensa), mas, sim, da reprovação objetiva, a exclusivo critério do julgador, aferida a partir das circunstâncias objetivas presentes nos autos.

condenado por lesão corporal de natureza grave a dois anos de reclusão, com direito à suspensão da pena.

Neste caso, a Comissão concluiu que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado brasileiro não foi efetiva, tendo o mesmo deixado de cumprir com sua obrigação de garantir o direito de Celso à proteção judicial e ao devido processo legal, já que o processo criminal, que apenas julgou o acusado dez anos após os fatos, foi demasiado lento e, **face à pequena pena aplicada**, tal delonga acabou por resultar na prescrição da pretensão executória do Estado.

No segundo caso, a CIDH recebeu, em setembro de 1994, denúncia que informava que Marcos de Almeida Ferreira, de 18 anos, confundido com um suspeito perseguido, teria sido atingido por um tiro de arma de fogo que o deixou paralítico, disparado pelo policial militar Elcio Vitoriano no dia 31 de agosto de 1989, quando a vítima se dirigia a uma padaria na zona leste de São Paulo.

O agente policial foi denunciado pela prática do crime de lesão corporal grave cometida à traição pela 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo. O julgamento do acusado foi inicialmente fixado para março de 1995, mas devido a diversos procedimentos dilatórios o mesmo não se realizou. Foi ajuizada ação de indenização perante a 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, fixando-lhe o direito a uma pensão vitalícia e a uma indenização pelos danos morais por ele sofridos.

Segundo entendeu a Comissão, a despeito da indenização cível já fixada, parte da reparação a que faz jus a vítima neste tipo de casos é também o **processamento e penalização** dos responsáveis pelo ato criminoso contra ela cometido.

Neste ponto, entendeu a CIDH que falhou o Estado brasileiro em garantir a Marcos seus direitos ao devido processo legal e às garantias judiciais. Embora se tenha instaurado uma ação criminal para processamento de Elcio Vitorino, **tal processo apenas sentenciou o acusado seis anos após a ocorrência do crime e outorgou-lhe o benefício de apelar em liberdade**. Com isso, a sentença não foi efetivamente cumprida e, **devido à curta pena aplicada** e à demora no processamento dos recursos, restou presente o risco da prescrição da pretensão executória do Estado em relação ao crime.

Ainda sobre o direito fundamental a uma tutela penal eficaz, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos tiveram a oportunidade de se manifestar inclusive quanto à competência para o processamento e julgamento de alguns tipos de crimes, em especial supostamente praticados por militares.

Por exemplo, em sua decisão no caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil, a Corte Interamericana ordenou que o Estado garanta que os processos penais iniciados com base nos fatos que ocorreram durante o regime militar tramitem não em foro militar, e sim na jurisdição ordinária, mesmo que os supostos responsáveis sejam ou tenham sido funcionários militares.

Nesse sentido, a Comissão argumentou de forma consistente que:

> [o] sistema de justiça penal militar tem algumas características particulares que impedem o acesso a um recurso judicial eficaz e imparcial nessa jurisdição. Uma delas é que o foro militar não pode ser considerado como um verdadeiro sistema judicial, uma vez que não faz parte do Poder Judiciário, e sim depende do Poder Executivo. Outro aspecto é o fato de que os juízes do sistema judiciário militar, em geral, são membros do Exército em serviço ativo, o que os põe em uma posição de julgar os seus próprios companheiros de armas, tornando ilusório o requisito de imparcialidade, uma vez que os membros do Exército frequentemente sentem-se obrigados a proteger aqueles que combatem ao seu lado em um contexto difícil e perigoso.

Tal decisão/recomendação se repetiu no caso de Vladimir Herzog e outros, citado no tópico anterior.

CONCLUSÃO

Do que foi narrado, conclui-se que, a partir da percepção de ser o direito penal um instrumento que possibilita o exercício do dever estatal de proteção de bens jurídicos fundamentais, torna-se exigível que o Estado adote todas as providências adequadas e necessárias para a identificação, persecução e punição do autor da prática de crimes.

Nesse contexto, a efetividade da tutela penal se apresenta como uma das facetas do direito fundamental do acesso à justiça, o qual não se resume ao mero acesso ao Judiciário, mas, sim, à entrega efetiva da prestação jurisdicional, seja na seara cível, como na criminal.

Dessa maneira, inexistem dúvidas sobre a necessidade de mudança da Justiça brasileira no que tange à condução dos processos penais. Um procedimento mais célere e mais eficaz parece ser uma necessidade mundial indiscutível.

As últimas grandes reformas do Código de Processo Penal - CPP, através das Leis 11.690 e 11.719, ambas de junho de 2008, foram inspiradas na busca por uma Justiça mais garantista, por um juízo acusatório puro e não inquisitório. Algumas delas retiraram do juiz a

condução na produção da prova (a guisa de exemplo: alteração no artigo 212 do CPP), sob pena de macular sua imparcialidade[8]. Outras emprestaram preponderância quase total das provas produzidas em contraditório sobre aquelas pré-processuais (ex. inquérito policial). Prazos foram alargados e novas oportunidades de defesa e de absolvição sumária foram estatuídas.

Porém, a despeito das críticas que possam ser aventadas sobre esse direito processual penal prioritariamente garantista, que limita o âmbito de atuação do magistrado e praticamente elimina a busca pela "verdade real" (ou ao menos quando esta verdade está com a acusação e não com a defesa), importante ressaltar que as mudanças também elevaram o ofendido[9] a um papel fundamental na ação penal e procuraram imprimir celeridade a um processo sempre muito burocrático (como, por exemplo, com a previsão da audiência una e passível de gravação audiovisual no lugar da consignação).

Neste contexto, a mudança no processo penal deve perpassar não só pela transformação da lei, mas também da mentalidade de legisladores, juízes e membros do Ministério Público. Urge, de fato, enxergar a tutela penal também como instrumento de concretização de direitos fundamentais (da vítima e da sociedade) e não apenas de limitação, em favor do acusado, do poder estatal, de forma a gerar uma perspectiva para a completa e efetiva realização da justiça. Afinal, é o equilíbrio entre esses dois interesses igualmente fundamentais que definirá um processo penal realmente democrático e efetivo.

Referências bibliográficas

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.cidh.org/.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/.

DAMASCENO, Fernando Braga. **A investigação penal garantista**. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, maio de 2005.

[8] Deixando dúvidas, aliás, sobre o grau de discernimento que os legisladores imputam ao magistrado.
[9] Através das novas redações dos artigos 201 e 217 do CPP (mudanças trazidas pela Lei 11.690/08).

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo**. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

TRINDADE, A. A. Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2000.