



Teoria da Lei Penal
História do Direito Penal

Prof^a. Fernanda Rocha Martins
@fequintao



História do Direito Penal

Certame	Cobrança
1- UFMT – DPE/MT – 2016	Princípios
2- FCC – DPE/RR – 2017	Princípios
3- VUNESP – DPE/RO – 2017	Escolas Penais
4- VUNESP – DPE/RO – 2017	Interpretação da lei
5- FCC – DPE/AM – 2017	História do direito penal
6- FCC – DPE/RS – 2018	Insignificância
7- FUNDEP – DPE/MG – 2019	Princípios
8- Cespe/Cebraspe – DPE/DF – 2019	Lei Penal no Espaço
9- FCC – DPE/RR – 2021	Princípios



História do Direito Penal

I- Evolução epistemológica e modernas tendências

1) Introdução:

- Estudo do direito de punir, natureza do delito e fim das penas.
- A discussão do início do século XIX ao início do século XX se dá entre clássicos e positivistas. As escolas ecléticas buscaram amenizar os rigores das escolas anteriores.
- Destacou-se, entre todos, Franz Von Liszt (Escola Moderna Alemã). Foi ele quem sistematizou o Direito Penal, dando-lhe uma complexa e completa estrutura. É com Liszt que nasce a moderna teoria do delito.
- Para muitos, Liszt encarregou-se da segunda versão do positivismo jurídico, que se diferenciava do anterior por apresentar ligações à consideração da realidade empírica não jurídica: o positivismo de



História do Direito Penal

Liszt foi um positivismo jurídico com matizes naturalísticas (BITENCOURT, 2015, p. 109).

- Liszt enunciou, com importante contribuição de seu discípulo Beling, os elementos essenciais do delito: a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade por meio de um método lógico. Utiliza o método indutivo para criar essa teoria do delito: comprovando todos os elementos que segundo a lei devem estar presentes para poder se impor uma pena. Uma vez traçados esses elementos em abstratos, aplica-se o método dedutivo para conhecer se uma conduta particular deve ou não ser sancionada. O ponto de partida é o conceito de causalidade, porque entre os cientistas positivistas prevalecia a ideia de que tudo tem uma causa. Com isso dá-se o nascimento do causalismo naturalista, que exige do observador a captação pelos sentidos dos distintos elementos do delito (BRITO, 2017, p. 137).



História do Direito Penal

2. Neokantismo:

- Questionou seriamente o positivismo jurídico: a abordagem positivista é incompleta porque o delito não é somente um fenômeno da natureza, mas uma realidade social.
- No modelo Liszt-Beling (causalismo naturalista), o delito estruturava-se sobre uma ação ou movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos. A partir desse ponto constrói-se um sistema de responsabilidade penal aplicando-se um método similar ao das ciências naturais exatas.
- Neokantistas: é possível apreciar toda a realidade através do método utilizado pelas ciências naturais? Não porque as ciências naturais permitem explicar apenas parcialmente a realidade (aquilo que se repete). Contudo, não explicam os traços que fazem relevantes um objeto em sua



História do Direito Penal

individualidade. Por isso, junto às ciências naturais devem existir outras: as ciências do espírito, que compreendem as ciências da cultura, dentre elas o Direito. Essas ciências confrontam os dados da realidade com os valores da comunidade. No Direito existiria uma referência permanente ao mundo do valores, já que se recorre ao valor Justiça. Isso marca a diferença entre as ciências do ser (naturais e exatas) e do dever ser (cultura, Direito).

- Ao contrário dos positivistas que atribuíam prioridade ao *ser*, os *neokantistas* propõem um conceito de ciência jurídica que supervalorize o *dever ser*. Assim, com a introdução de considerações axiológicas, o neokantismo substitui o método indutivo e formalista, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal.



História do Direito Penal

- Destacam-se Max Ernst Mayer (1875-1923), que fundamentou o delito em uma contradição com as normas de cultura avalizadas pelo Estado, e Edmundo Mezger (1883-1962), que mantém a estrutura do delito idêntica a do causalismo naturalista, mas incorporou mudanças em todos os elementos ao adicionar valorações (ex. culpabilidade não se estrutura naturalisticamente sobre uma mera relação meramente psicológica, deve ser substituída por um conceito normativo).
- Formula-se o causalismo valorativo;
- Crítica ao neokantismo: imprecisão dos valores de referência, caindo em um estado de relativismo axiológico. O intérprete valora e, ao fazê-lo, incorpora sua percepção subjetiva, ou seja, modifica o objeto.

3. Finalismo:



História do Direito Penal

- Hans Welzel (1904-1977): opõe-se ao causalismo valorativo adotando uma perspectiva ontológica, assentada na natureza das coisas. O delito não surge da valoração do intérprete, mas é um fato da realidade que depende de determinadas estruturas lógico-objetivas: o conceito de ação final e de culpabilidade.
- “Seu ponto de partida, com respeito à teoria do conhecimento, é distinto: as diversas formas que possuem a natureza inanimada, qualquer forma de vida ou comportamento das pessoas, não podem ser alteradas pelo observador, são estruturas externas e ontológicas, estruturas lógico-objetivas. O intérprete não modifica o objeto, diferentemente do que entende o causalismo neokantiano ao considerar que se produz essa alteração a partir de suas valorações. São dois os elementos centrais de sua teoria do delito. De um lado o conceito de ação, que não se limita à constatação de um simples movimento no mundo exterior. Tratando-se de um comportamento humano, está



História do Direito Penal

necessariamente dotado de uma finalidade (dolo), pelo que deve se falar de uma ação final. De outro, a culpabilidade também supõe uma estrutura lógico-objetiva baseada no livre-arbítrio: *o poder atuar de outro modo*. A partir desses elementos constrói uma teoria do delito assentada na realidade, que pretende colocar limites ao poder e ao mesmo tempo rechaçar qualquer formulação normativista” (BRITO, 2017, p. 143).

- Críticas: crimes culposos e a tentativa de estruturar toda a teoria do delito em torno de conceitos ontologicamente fundamentados, como ação e dolo. Esses conceitos não podem escapar de uma valoração, realizada conforme critérios normativos.

4. Modernas tendências do pensamento jurídico-penal: As teorias funcionalistas.



Modernas Tendências

- Vigente desde as três últimas décadas do século XX.
- O funcionalismo supõe a orientação a fins sociais.
- Mantém as categorias do delito, ainda que dotadas de novo fundamento e conteúdo.
- Proporcionou uma mudança de perspectiva que implica o abandono total ou parcial de referências ontológicas ou naturalísticas, que são substituídas por critérios normativos construídos com a ajuda das ciências sociais.

4.1. A abordagem teleológica de Roxin:

- Modelo que oferece à teoria do crime um orientação politico-criminal na qual todas as categorias do sistema (ação, tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade) devem ser desenvolvidas a partir dessa perspectiva.



Modernas Tendências

- Nas palavras de Roxin: “Meu ponto de partida é que, enquanto a tarefa do Direito Penal é o injusto jurídico penal, ao contrário, a concreta imposição da pena deriva da categoria sistemática da culpabilidade. Ambos não são o mesmo. Assim, o Direito Penal dirige-se a todos os cidadãos com suas prescrições atraentes e promessas de proteção. A pena concreta, ao contrário, encontra primeiramente o delinquente e somente tem efeitos mediatos frente aos demais cidadãos (BRITO, 2017, p. 51).
- Roxin extrai a estrutura do injusto da função do Direito Penal, que para ele é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Assim, quanto à dogmática, aduz que: “Quando se realmente vê como papel constitucional do Direito Penal a tarefa de proteção subsidiária de bens jurídicos e se pergunta como o sistema jurídico pode garantir essa proteção, pode-se dar apenas uma resposta: deve-se proibir a



Modernas Tendências

criação de riscos não permitidos a bens jurídicos protegidos penalmente e imputar a realização de tais riscos em um resultado lesivo aos autores como uma ação típica protegida. Ex. motorista que desconsidera as leis de trânsito e cria um risco não permitido.

- Quanto à pena, aduz que a punição não depende somente da culpabilidade, mas também da necessidade de prevenção. Seu ponto de partida é que a finalidade da pena é somente prevenção, isto é, deve ser direcionada para a prevenção de futuros crimes, pois desde que se entenda que o Direito Penal é um instrumento de direcionamento e controle social, também deverá perseguir apenas fins sociais.
- Para Roxin, o tipo é materialização do princípio da legalidade penal, a antijuridicidade pressupõe o momento no qual se procura a solução social de conflitos, e a culpabilidade é a concretização da



Modernas Tendências

teoria dos fins da pena. Dessa perspectiva, não somente se incorporam as valorações político-criminais, mas também se sistematiza, com clareza, sua influência em cada elemento do delito.

- A teoria do delito, para Roxin, não pode ficar alheia aos princípios políticos criminais que guiam o Direito Penal: esses princípios devem reger todos os momentos sistemáticos, permitindo uma aproximação constante à realidade social. Sua formulação recupera as ideias neokantianas, mas as desenvolve e complementa, colocando-as em relação às ciências sociais e valores que resultam dos fins preventivos da pena, por esse motivo seu modelo é teleológico-funcional.

4.2. O modelo funcionalista radical ou sistêmico:



Modernas Tendências

- Günther Jakobs, influenciado por Niklas Luhmann, adota as seguintes premissas:
 - a) A sociedade não está composta de sujeitos, mas de comunicações entre sujeitos.
 - b) As normas jurídicas não tem a missão de dirigir condutas, mas assegurar as expectativas de condutas.
 - c) O ser humano não é base de organização da sociedade: é simplesmente uma peça do todo;
 - d) Elementos naturais do delito, como a relação de causalidade, devem ser substituídos por critérios puramente normativos.
- Ponto de partida: caracteriza a sociedade como um sistema ordenado que conta com elementos em equilíbrio. O direito penal tem a função de manter e reproduzir essa ordem, confirmando assim que a norma violada está vigente.



Modernas Tendências

- Raciocínio: se o fim da pena é confirmar a vigência da norma, o delito é oposto a constatação de que foi desautorizada ou negada a vigência da norma. Por isso o fundamental no delito será a culpabilidade, que é a categoria sistemática que concentra todos os elementos que permitem que uma conduta lesione a vigência da norma.
- Culpabilidade: não é fundamentada no livre-arbítrio, mas na prevenção geral. Só permite uma escusa quando o conflito gerado pela violação da norma pode ser resolvido de outra forma que não a imposição de uma pena. O delinquente só é incapaz de culpabilidade quando não se contrapõe qualquer exigência de prevenção geral da pena.
- Bem jurídico: a tarefa do Direito Penal para Jakobs não é a proteção de bens jurídicos, mas a manutenção e ratificação da vigência da norma.



Modernas Tendências

- Portanto, Jakobs vê o Direito Penal como um sistema normativo fechado e autorreferente (autopoiético). Sua missão é a conservação das expectativas sociais frente a decepções, promovida por meio da reafirmação da vigência das normas lesadas.

4.2.1. O Direito Penal do Inimigo:

- Günther Jakobs sustenta que determinados indivíduos, como terroristas e membros do crime organizado, que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma, perdem o estado de cidadania e, por conseguinte, não podem usufruir dos mesmos benefícios processuais concedidos às demais pessoas.
- Haveria uma convivência de dois “direitos” em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro



Modernas Tendências

lugar, um Direito Penal do Cidadão, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste, o Direito Penal do Inimigo, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado.

- Para os inimigos, aqueles que não estão vinculados à lei, que dela se apartaram de forma duradoura, se estabelecem uma séria de exceções com respeito às garantias com as que contam os cidadãos. Há uma passagem de cidadão a inimigo, marcado pela habitualidade, a reincidência, a incorporação do crime organizado, isto é, a demonstração de uma maior periculosidade.
- Principais características do Direito Penal para os inimigos são: antecipação da punibilidade com a



Modernas Tendências

tipificação de atos preparatórios; condutas descritas em tipos de mera conduta de perigo abstrato, flexibilizando o princípio da ofensividade; descrição vaga dos crimes e das penas; preponderância do Direito Penal do autor em contraposição ao Direito Penal do fato; endurecimento da execução Penal.

- Críticas:

- a) Com que critério se diferencia os cidadãos dos inimigos se ambos cometeram fatos delitivos e, portanto, desprezam de alguma forma a lei?
- b) A Tese do Direito Penal do Inimigo pressupõe formular uma solução etnocentrista para a Europa.
- c) O Direito Penal do Inimigo é uma contradição em seus próprios termos. Se não há regras, não é Direito. O Direito Penal é concebido justamente para impor limites ao arbítrio estatal.



Modernas Tendências

5. Velocidades do Direito Penal:

- O professor Jesús-María Silva Sánchez escreve sobre as “velocidades” do Direito Penal:
- Direito Penal de primeira velocidade: Modelo de Direito Penal clássico, que utiliza preferencialmente a pena privativa de liberdade, mas se funda em direitos e garantias individuais. Nesta velocidade, o Direito Penal se restringe ao seu núcleo central (Direito Penal Nuclear).
- Direito Penal de segunda velocidade: Admite a flexibilização de determinadas garantias penais e processuais, porém aliadas à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.). Ou seja, há uma expansão do Direito Penal para uma zona lateral ao Direito Penal Nuclear, temos, então, o Direito Penal Periférico. A Lei n. 9.099/95 é reflexo do direito penal de segunda velocidade, introduzindo institutos despenalizadores e um procedimento mais simplificado,



Modernas Tendências

- destinado aos crimes de menor potencial ofensivo. Nela, há uma flexibilização de direito e garantias penais e processuais em face da persecução de delitos cujos preceitos secundários não implicam na privação da liberdade do acusado.
- Direito Penal de terceira velocidade: Consiste numa mistura das características acima, utilizando-se da pena privativa de liberdade (Direito Penal de primeira velocidade), mas permitindo a flexibilização de direitos e garantias (Direito Penal de segunda velocidade). Compatível com o denominado Direito Penal do Inimigo.
- Há quem sustente a existência de um Direito Penal de quarta velocidade (ou neopunitivismo). De acordo com esse modelo, há restrição e supressão de garantias penais e processuais penais de réus que foram chefes de Estado e, nesta condição, foram responsáveis pela violação grave a tratados



Modernas Tendências

internacionais de direitos humanos. Os graves crimes cometidos contra a humanidade por líderes de governo estão enquadrados na quarta velocidade do Direito Penal. O neopunitivismo possui relação com o Direito Penal Internacional.

6. Garantismo:

- Luigi Ferrajoli.
- O garantismo é um modelo normativo de direito penal e processual penal, caracterizado pela estrita legalidade.
- O garantismo prega a intervenção mínima do Direito Penal.
- Dez axiomas garantistas desenvolvidos por Ferrajoli:



Modernas Tendências

1. Não há pena sem crime.
2. Não há crime sem lei.
3. Não há lei sem necessidade.
4. Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico.
5. Não há ofensa a bem jurídico sem conduta.
6. Não há conduta sem culpabilidade.
7. Não há culpabilidade sem o devido processo legal.
8. Não há processo sem acusação.
9. Não há acusação sem provas.
10. Não há provas sem defesa.



Modernas Tendências

(TJM/SP/VUNESP/2016)

1. A corrente/teoria penal que se funda na ideia de que as normas jurídicas devem ser protegidas por si mesmas, pouco importando o bem jurídico por trás delas é:

- a) a teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli.
- b) o funcionalismo teleológico-racional, de Claus Roxin.
- c) o funcionalismo sistêmico, de Günther Jakobs.
- d) a teoria da tipicidade conglobante, de Eugenio Zaffaroni.
- e) a teoria constitucionalista do delito.

7. Direito Penal e Constituição



Direito Penal e Constituição

- A Constituição Federal constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.
- As principais diretrizes da política criminal constitucional, segundo o professor Zaffaroni, são:
 - a) Princípio republicano (ou democrático), que impõe a racionalização dos atos do poder público e, conseqüentemente, também do Poder Judiciário, o que obriga à interpretação lógica e coerente das leis penais (art. 1º da CF).
 - b) Princípio da soberania do povo: impede que a justiça penal seja exercida sob invocações de poderes absolutos ou maiores do que aqueles que emergem da vontade do povo (art. 1º da CF).
 - c) Princípio da legalidade: artigo 5º, XXXIX da CF.



Direito Penal e Constituição

- d) Princípio da retroatividade da lei penal mais benigna: art. 5, LX da CF;
- e) Princípio da personalidade ou da intranscendência da pena: art. 5º XLV da CF.
- f) Princípio de racionalidade e de humanidade da pena: expressam-se na proibição de pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e de penas cruéis (art. 5º, XLVII da CF). Além disso, o princípio da humanidade encontra-se fixado no art. 5º, XLIX da CF que garante ser assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral.
- g) Princípio da individualização da pena: art. 5º XLVI da CF. Além disso, o inciso XLVII proíbe a prisão por dívida.

- Para a teoria constitucionalista do direito, os princípios, regras e valores constitucionais condicionam



Direito Penal e Constituição

os fins do Direito Penal; a teoria do delito está diretamente atrelada ao modelo de Estado vigente, que é o Constitucional e Democrático de Direito.

Mandados de criminalização:

- Além disso, a doutrina indica “mandados de criminalização” que seriam matérias determinadas na Constituição sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e dentro do possível, integral.
- Fundamento: Um Estado com deveres positivos de conduta, entre as quais o dever de proteção dos direitos fundamentais. Os mandados constitucionais de tutela penal são a expressão, no âmbito do



Direito Penal e Constituição

- direito penal, da teoria dos deveres estatais de proteção. Podem ser:
 - 1) Mandados Expressos: São os mandados que, como o próprio nome já diz, estão expressos no texto constitucional. Ex.: Art. 5º, inciso XLII da CF/88 – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
 - 2) Mandados Tácitos: Segundo a maioria dos doutrinadores, existem mandados constitucionais implícitos, os quais possuem a finalidade de evitar a intervenção insuficiente do Estado na tutela dos bens jurídicos mais relevantes. Ex. tipificação do crime de homicídio.

Jurisprudência e os mandados de criminalização:

- As teses fixadas na ADO 26/DF:



Direito Penal e Constituição

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e



Direito Penal e Constituição

ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos



Direito Penal e Constituição

estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

8. Direito Penal e Direitos Humanos



Direito Penal e Direitos Humanos

- A Declaração Universal de Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. Tal Declaração desenvolveu princípios já consagrados pela Carta das Nações Unidas, razão pela qual é reconhecida sua obrigatoriedade jurídica por todos os países, seus membros, tal como ficou estabelecido na Declaração de Teerã, de 1968. O Brasil só tardiamente ratificou os Pactos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas já se encontrava juridicamente vinculado à Declaração Universal, como também à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, aprovada pela IX Conferência Interamericana, reunida em Bogotá, como membro que é da Organização dos Estados Americanos (OEA).
- Segundo o professor Zaffaroni, são os seguintes os aspectos mais relevantes em Direitos Humanos que se constituem em fonte de conhecimento:



Direito Penal e Direitos Humanos

- a) Princípio da igualdade de todos perante a lei e a dignidade da pessoa de todo ser humano, sendo que todos os homens nascem livres e iguais e iguais em dignidade e direitos e tem capacidade para gozar os direitos e liberdade sem qualquer tipo de discriminação (a CF, em seu art. 5º, I, VI e VIII, está em perfeita consonância com os artigos I e II da Declaração Universal).
- b) O artigo III consagra o direito à vida, à segurança pessoal e à liberdade. O artigo IX estabelece que ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado, o art. XI, n. 2, estabelece o princípio da legalidade – a Constituição, art. 5º, XLI, XXXIX e XL reproduz essa consagração.
- c) O artigo V estabelece o princípio da humanidade (art. 5º, III da CF).
- d) O art. XII institui o direito à privacidade ou intimidade como limitação ao Poder do Estado e também das pessoas. A Constituição reproduz em seu art. 5º X, XI e XII.



Direito Penal e Direitos Humanos

Aplicação e interpretação da lei penal a luz dos Direitos Humanos:

- Controle de convencionalidade: diretrizes básicas.
- STJ, RHC 136961:

“(...) a controvérsia se cinge ao termo inicial de efetividade da já mencionada Resolução da Corte IDH, de 22 de novembro de 2018, no que concerne ao item 4, onde se determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”. Vale asseverar, por oportuno, que conforme constatado pelo Juiz da Execução, na hipótese, “não houve vulneração da integridade física das vítimas” (e-STJ fls. 56), situação que, de plano, afasta qualquer necessidade de digressão acerca do tema, ante os termos do item 4 retrotranscrito.



Direito Penal e Direitos Humanos

Posta tal premissa, a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969, trouxe aos Estados americanos, signatários do documento internacional, uma série de direitos e deveres envolvendo o tema. A partir do Decreto 4.463, de novembro de 2002, o Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte IDH e passou a figurar no polo passivo de demandas internacionais, o que resultou em obrigações de ajustes internos para que suas normas pudessem se coadunar com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento



Direito Penal e Direitos Humanos

da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a conseqüente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos.

A supervisão de cumprimento de sentença ocorre pela própria Corte, a qual pode requerer informações ao Estado-parte, quando consideradas pertinentes. Essa característica deriva do princípio internacional do pacta sunt servanda. Isto é, parte-se da premissa que os Estados têm de cumprir suas obrigações e deveres de boa-fé ao assumirem a responsabilidade diante da comunidade internacional. Tal princípio evita que os Estados se eximam das obrigações adimplidas, perante o Direito Internacional, em razão de seu direito interno, o qual deve se coadunar com as resoluções e documentos internacionais dos quais faça parte. A propósito, o artigo 26 da CADH afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos



Direito Penal e Direitos Humanos

constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos.

Portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

Sobre o tema vale destacar o art. 69 da CADH que afirma que a “sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção”.

Contudo, na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.



Direito Penal e Direitos Humanos

De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pusesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Nesse ponto, vale asseverar que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

No mesmo diapasão, as autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os



Direito Penal e Direitos Humanos

países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável a indivíduo.

Logo, os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC” (STJ, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 28.04.2021).



Direito Penal e Direitos Humanos

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 12^a ed. Saraiva: São Paulo, 2015.
- OLIVE, Juan Carlos Ferré. NUÑEZ PAZ. Miguel Ángel. OLIVEIRA. William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI. Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal**. Criminologia, Princípios e Cidadania. São Paulo: Atlas, 2010.
- ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 14^a ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.