

## Sumário

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

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

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

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

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

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