

**MAURÍCIO DE CARVALHO ARAÚJO**

**SOBERANIA E PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL EM FACE DO  
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva.

PUC/SP  
São Paulo, 2005

Banca examinadora:

---

---

---

Para Sílvia, com todo meu amor.

Agradeço ao Doutor Marco Antônio Marques da Silva, meu orientador, pelo estímulo, incentivo e paciência com os quais me conduziu ao longo dos últimos anos. E a todos aqueles que colaboraram com sua amizade e compreensão para que eu pudesse atingir meu objetivo.

“... o ‘como é’ e o ‘como será’ o direito – até mesmo o internacional – dependem em parte também de nós, enquanto pessoas e enquanto filósofos ou juristas” (Luigi Ferrajoli. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. p. 59).

## Resumo

Este trabalho tem como objetivo verificar os fundamentos constitucionais que permitiram ao Brasil aderir ao Tribunal Penal Internacional, a conseqüente obrigação de respeitar a sua jurisdição e de oferecer cooperação judicial.

Para tanto, foi abordado o conceito de soberania do Estado em face do direito interno e internacional, sua evolução histórica, desde a origem do direito internacional e dos Estados soberanos até a institucionalização de uma ordem jurídica internacional, com a imposição de uma norma cogente internacional, ou *jus cogens* internacional, baseada na solução pacífica dos conflitos e na universalização dos Direitos Humanos.

A criação do Tribunal Penal Internacional é abordada tendo em vista o princípio da complementaridade e da não intervenção. É realizada uma análise da compatibilidade do Tribunal Penal Internacional com o atual conceito de soberania, com o sistema da Organização das Nações Unidas, com os tratados de Direitos Humanos e com os princípios constitucionais do processo penal na Constituição brasileira.

Para a verificação da compatibilidade entre os sistemas, foi necessário realizar uma comparação entre os princípios do processo penal da Constituição Federal de 1988, mormente o do devido processo legal, com o princípio do julgamento justo (*fair trial*), constante dos tratados internacionais de Direitos Humanos e nos tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio, nos tribunais *ad hoc* da Organização das Nações Unidas para ex-Yugoslávia e Ruanda e no Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma.

Por fim, foram analisados os princípios do processo penal do Tribunal Penal Internacional, contemplados na redação do Estatuto de Roma, comparando-os com os princípios do processo justo previsto nos tratados internacionais de Direitos Humanos, que se constitui em verdadeiro *jus cogens* internacional.

## **Abstract**

The objective of this paper is to assess the constitutional bases that allowed Brazil to subscribe to the International Criminal Court and the resulting obligation to respect its jurisdiction and to provide judicial cooperation.

Therefore this paper discusses the concept of State sovereignty, within the context of national and international law and its historical evolution, from the beginning of international law and the sovereign States up until the institutionalization of an international legal order with the enforcement of an international *jus cogens*, based on the pacific resolution of conflicts and on the universalization of human rights.

The creation of the International Criminal Court is discussed from the principles of complementarity and non-intervention. This study analyses the compatibility between the International Criminal Court and the current concept of sovereignty, the system of the United States Organization, the treaties on human rights and the constitutional principles of criminal proceedings present in the Brazilian Constitution of 1988.

In order to evaluate the compatibility among these systems, it was necessary to establish a comparison between the principles of criminal proceedings in the Federal Constitution of 1988, especially the due process of law and the principle of a fair trial, present in international treaties on human rights and in the international military courts of Nuremberg and Tokyo, in the *ad hoc* courts of the United Nations for the former Yugoslavia and Rwanda and in the International Criminal Court from the Statute of Rome.

Finally, this paper analyses the principles of criminal proceedings in the International Criminal Court, as in the wording of the Statute of Rome, comparing them with the principles of a fair trial as determined by international treaties on human rights, which are a true international *jus cogens*.

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A SOBERANIA NO ÂMBITO INTERNO E INTERNACIONAL.....	18
2.1. A soberania, sua evolução histórica e o <i>jus cogens</i> internacional.....	21
2.2. A soberania na Constituição de 1988 e o <i>jus cogens</i> internacional.....	33
2.3. A jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional.....	41
3. VALORES CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL.....	44
3.1. Princípios constitucionais do Direito Penal e do processo penal.....	45
4. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	49
4.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	53
4.2. Princípio da presunção de inocência.....	55
4.3. Princípio da publicidade.....	57
4.4. Princípio do duplo grau de jurisdição.....	58
4.5. Princípio do juiz natural.....	59
5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	61
5.1. A Carta das Nações Unidas (1945).....	61
5.2. A Declaração de Direitos Humanos da ONU (1948).....	62
5.3. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).....	62
5.4. A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).....	67
6. DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS TRIBUNAIS MILITARES DE NUREMBERG E TÓQUIO.....	72
6.1. Devido processo legal nos tribunais <i>ad hoc</i> para ex-Yugoslávia e Ruanda.....	77
7. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL DO ESTATUTO DE ROMA.....	81
8. SISTEMA ACUSATÓRIO.....	84
9. DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTATUTO DE ROMA ( <i>FAIR TRIAL</i> ).....	88
10. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	94
10.1. Direito ao silêncio.....	96
10.2. Ônus da prova.....	98
10.3. Prova da culpa de acordo com a lei e além de uma dúvida razoável.....	98
11. INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO TRIBUNAL.....	100
11.1. Independência e imparcialidade dos juízes.....	104
12. JULGAMENTO JUSTO E EM TEMPO RAZOÁVEL.....	108
13. DIREITOS DO ACUSADO PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	111

	11
<b>14. PROVA OBTIDA COM VIOLAÇÃO AO ESTATUTO OU AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>115</b>
<b>15. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....</b>	<b>116</b>
<b>16. ACESSO À JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>119</b>
<b>17. A VÍTIMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>121</b>
<b>18. CONCLUSÃO.....</b>	<b>127</b>
<b>19. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>133</b>
<b>20. ANEXO (ESTATUTO DE ROMA).....</b>	<b>141</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O pós-guerra de 1945 despertou o mundo para a necessidade de criação de uma verdadeira sociedade internacional. O holocausto nazista e a catástrofe humanitária causada pela guerra determinaram a criação de uma organização internacional e a conseqüente internacionalização dos Direitos Humanos.

A jurisdição doméstica para punição de crimes deixou de ser absoluta. Renasceram os princípios universais de direito natural como imperativos de justiça. O positivismo jurídico de um Estado, como era a Alemanha nazista, não pode mais legitimar a prática de atrocidades contra populações inteiras, sob o manto da legalidade.

A elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma da humanidade se impôs em definitivo na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU).

O direito internacional no pós-guerra possibilitou a punição criminal dos indivíduos que colaboraram para a ocorrência do nazismo no Tribunal Militar de Nuremberg. A punição fundamentou-se na “violação dos costumes internacionais”.<sup>1</sup>

Os tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio foram o marco da criação de uma justiça penal internacional. Os tribunais militares do pós-guerra possuíam grandes imperfeições e pequena independência, mas seus defeitos eram poucos se confrontados com o imperativo ético de justiça daquele momento histórico.

Tal atribuição, de realização da justiça penal no âmbito internacional, foi assumida posteriormente pela Organização das Nações Unidas.

Gustav Radbruch,<sup>2</sup> na revisão de sua **Introdução à Filosofia do Direito**, de 1948, sinalizou o legado que o Tribunal de Nuremberg deixaria para o futuro do direito internacional.

Três idéias novas, segundo Gustav Radbruch, foram consagradas com o final da guerra e com os julgamentos ocorridos nas barras do Tribunal de Nuremberg: (1) o direito internacional não obriga somente os Estados, mas também os estadistas, os cidadãos e os súditos; (2) o direito internacional veio enriquecer as figuras penais de direito internacional dos crimes de guerra, com os delitos de agressão e de lesa humanidade. O direito internacional de intervenção e a jurisdição internacional, mesmo que os crimes sejam praticados contra nacionais, competem à humanidade

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e o direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 137-138.

<sup>2</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica Ltda., 1997.

inteira, não estão adstritos a nenhuma fronteira; (3) os processos dos julgamentos de Nuremberg fundaram as bases para um Direito Penal internacional que proteja os povos contra os excessos praticados por quem quer que seja.

Gustav Radbruch<sup>3</sup> concluiu com a sinalização da necessidade da instituição de uma Corte penal internacional permanente:

“É verdade que a obra realizada no Tribunal de Nuremberg não passa de um começo. As inovações que este processo introduziu, no campo do direito internacional, só se confirmarão e se revelarão como tais, sempre e quando, no futuro, sejam aplicadas não por um tribunal militar das potências vencedoras contra os governantes e os súditos de um Estado vencido, mas por um autêntico tribunal internacional contra delinquentes não vencidos e poderosos.”<sup>4</sup>

Naquele crucial momento da história mundial houve a criação da Organização das Nações Unidas, fortalecendo a precária ordem internacional então existente e disseminando uma série de princípios universais que possibilitaram a internacionalização dos Direitos Humanos nos cinquenta anos subseqüentes.

O Brasil, sob a égide da nova Constituição Federal democrática de 1946, esteve inserido nesse contexto internacional do pós-guerra, participando do processo de criação da Organização das Nações Unidas e da elaboração da Carta das Nações Unidas, bem como da discussão da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 177-178.

<sup>4</sup> Tradução livre, feita pelo autor, do original: “Es verdad que la obra realizada en el juicio de Nuremberg no pasa de ser un comienzo. Las innovaciones que este proceso han introducido en el campo del Derecho Internacional sólo confirmarán y revalidarán como tales siempre y cuando que en lo futuro sean aplicadas no por un tribunal militar de las potencias vencedoras contra los gobernantes y los súbditos de un Estado vencido, sino por un auténtico tribunal internacional contra delinquentes no vencidos y poderosos.”

Mais recentemente, o Brasil ratificou inúmeros tratados de Direitos Humanos e aderiu ao Tribunal Penal Internacional (TPI) criado pelo Estatuto de Roma (1998).<sup>5</sup>

Apesar da dificuldade da aprovação de um Tribunal Penal Internacional permanente, após aproximadamente cinqüenta anos, foi possível sua criação em Roma, Itália (1998), e sua instalação em Haia, na Holanda (2003).

Para situá-lo no mundo e no direito é necessário esclarecer que o Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, criou o Tribunal Penal Internacional como uma instituição permanente, com o poder de julgar pessoas (indivíduos e não Estados) pela prática dos mais graves crimes de caráter internacional que põem em risco a paz e a humanidade. Tem jurisdição complementar às jurisdições nacionais dos Estados-parte.

O Tribunal Penal Internacional entrou em vigor em julho de 2002, com competência para julgamento dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, tipificados pelo próprio estatuto, e, ainda, os crimes de agressão, até o momento sem tipificação.

Está localizado na Cidade de Haia, na Holanda, que é o país anfitrião, e é composto pelos Estados-parte, representados pela Assembléia Geral, órgão de representação dos seus membros.

---

<sup>5</sup> O Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7/2/2000 e o ratificou em 20/6/2002. O texto do Estatuto de Roma foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6/6/2002. O Estatuto de Roma foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 26/9/2002, após a publicação no Diário Oficial da União do Decreto nº 4.388.

O direito internacional dos Direitos Humanos se desenvolveu bastante a partir da Organização das Nações Unidas, sendo certo que o Brasil incorporou, expressamente, na Constituição Federal de 1988, uma série de princípios presentes nos tratados de Direitos Humanos. A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos aprovados por três quintos dos membros das duas casas do Congresso Nacional serão incorporados ao ordenamento jurídico nacional como emendas constitucionais.

A perspectiva política do direito internacional e do recém instalado Tribunal Penal Internacional é a do multilateralismo como forma de resolução dos conflitos, manutenção da paz entre as nações e os povos, além da punição dos responsáveis pelos abusos criminosos de grandes proporções.

Na prática, a institucionalização deste tribunal surge como um limitador do poder dos Estados, mormente daqueles detentores de poder megalomaniacos e com arroubos belicistas. Esses governantes estarão sob a constante ameaça da jurisdição penal internacional se incorrerem na prática dos mais graves crimes internacionais de guerra, de genocídio ou contra a humanidade, e se houver a impossibilidade ou incapacidade de julgamento de tais crimes pelo direito interno dos respectivos Estados.

Conforme Marco Antônio Marques da Silva, é preciso fazer o estudo do Direito Penal em face do fenômeno da globalização:

“Os fenômenos da globalização e da integração supranacional impõem ao jurista o questionamento acerca das respostas jurídico-penais com relação à delinqüência gerada como consequência de ambos.”<sup>6</sup>

O presente trabalho analisa se a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma (1998)<sup>7</sup> do Tribunal Penal Internacional fere a soberania nacional prevista na Constituição Federal.

Abordamos o conceito de soberania, de soberania do Estado em face do direito internacional e constitucional e a relativização do conceito de soberania a partir da institucionalização de uma ordem jurídica internacional. Estudamos a criação da Organização das Nações Unidas, com a proibição da guerra e a positivação dos Direitos Humanos, os princípios da Constituição Federal de 1988 e os tratados de Direitos Humanos. Analisamos a criação do Tribunal Penal Internacional e sua compatibilidade com os tratados de Direitos Humanos e com a Constituição de 1988, bem como os princípios constitucionais do processo e os princípios processuais do Estatuto de Roma.

---

<sup>6</sup> MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 141.

<sup>7</sup> O Brasil é o país com maior população entre aqueles que aderiram ao Tribunal Penal Internacional.

## 2. A SOBERANIA NO ÂMBITO INTERNO E INTERNACIONAL

A soberania, inspirada no poder do soberano, do príncipe, era classicamente conceituada como “o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar competências”.<sup>8</sup> Tal conceituação modificou-se ao longo da história e o poder incontestável do Estado ficou limitado tanto pelo direito interno quanto, mais recentemente, pelo direito internacional.

Contemporaneamente, a idéia de subordinação do Estado ao direito e a mitigação da soberania estão pacificadas no âmbito do direito internacional.

A construção do conceito de soberania acompanhou, historicamente, o aparecimento e fortalecimento do Estado, representando, no âmbito interno, a supremacia do poder central sobre todos os outros poderes e, no âmbito externo, a capacidade de reconhecer em outros Estados a mesma soberania, além do poder de fazer a guerra e celebrar a paz:

“Internamente, o soberano procedeu à substituição do poder fragmentário dos senhores feudais e das autonomias locais, por uma relação sem intermediários entre o seu poder e o povo. Passou a

---

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68.

ocupar uma posição de absoluta supremacia, desprovido de quaisquer laços de sujeição. Suas decisões tornaram-se irrecorríveis e passaram a obrigar todos os membros daquele Estado. Externamente, o soberano passou a reconhecer nos outros soberanos, seus iguais – sem que existisse qualquer juiz sobre os Estados – cabendo-lhe decidir acerca da guerra e da paz.”<sup>9</sup>

Primeiramente se faz necessário reconhecer os dois campos de atuação da soberania: o exercício do poder no território do Estado (interno) e o exercício do poder perante outros Estados (externo).

Joaquim José Gomes Canotilho assim diferencia a soberania no plano interno da soberania no plano internacional:

“A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no *monopólio* da coação física legítima para impôr a *efectividade* das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o carácter *originário* da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de *independência*) é, por natureza, relativa (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).”<sup>10</sup>

O referido autor aponta esse modelo de Estado vinculado à soberania como *poder supremo* no plano interno e *poder independente* no plano internacional, ponderando que esse modelo está relativamente em crise após os fenômenos da globalização, da internacionalização e integração interestatal.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> REIS, Márcio Monteiro, in **Anuário Direito e Globalização: A Soberania 1**, MELLO, Celso de Albuquerque (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279.

<sup>10</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 90.

<sup>11</sup> A constatação da crise da soberania do Estado converge com o diagnóstico de Luigi Ferrajoli (2002) e de José Eduardo Faria (1999).

Jorge Miranda, sobre soberania externa, anota:

“Classicamente, revelavam a existência de soberania três direitos dos Estados: o *jus tractuum* ou direito de celebrar tratados, o *jus legationis* ou de receber e enviar representantes diplomáticos e o *jus belli* ou de fazer a guerra. Agora com a proibição da guerra pela Carta das Nações Unidas (art. 2º, nº 4), este último é interpretado como mero direito de legítima defesa, individual ou coletivo (art. 51º da mesma Carta). Em compensação, acrescenta-se um novo direito, o de reclamação internacional, destinado à defesa dos interesses dos Estados perante os órgãos políticos e jurisdicionais da comunidade internacional; e autonomiza-se o direito de participação em organizações internacionais – tudo traduzindo um direito geral de escolha de uma inserção específica na vida internacional.”<sup>12</sup>

Conforme José Francisco Rezek, a soberania não é ilimitada:

“Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores.”<sup>13</sup>

O enfraquecimento da soberania estatal em face do crescente incremento da ordem jurídica internacional é uma realidade. Se não há submissão dos Estados aos organismos internacionais, em respeito ao princípio de não-ingerência em assuntos internos, é preciso admitir que também não há soberania estatal absoluta ou capaz de ignorar a existência de um *jus cogens*, ou seja, um direito cogente internacional.

---

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 172.

<sup>13</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

## 2.1. A soberania, sua evolução histórica e o *jus cogens* internacional

O conceito de soberania tem sua origem na figura do soberano, do príncipe. A origem do conceito de soberania estatal guarda relação com a origem do direito internacional, porque a origem do Estado moderno é muito próxima do surgimento do direito internacional a partir da teoria de Francisco de Vitoria.

Luigi Ferrajoli identifica a fundação do direito internacional na obra de Francisco de Vitoria,<sup>14</sup> teólogo espanhol do século XVI, que elaborou uma teoria pela qual se procurou legitimar a conquista espanhola das Américas, em contraposição à teoria do direito de descobrimento ou de invenção, o *jus inventionis*, invocada inicialmente por Colombo na tentativa de legitimar a conquista:

“As idéias basilares dessa importante construção são essencialmente três: a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados Soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da doutrina cristã da ‘guerra justa’, redefinida como sanção jurídica às *iniuriae* (ofensas) sofridas.”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Francisco de Vitoria era frei dominicano e professor da Universidade de Salamanca; sua famosa obra denomina-se *Relectio de Indis*.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7.

Segundo Rafael Ruiz, Francisco de Vitoria foi fundamental na teorização dos direitos dos povos indígenas e no desenvolvimento do direito das gentes da época até o direito internacional dos nossos dias:

“Vitoria dá um giro completo e propõe que o primeiro princípio a ser discutido seja não o direito dos Reis de Espanha sobre o Novo Mundo, mas o direito dos príncipes e soberanos indígenas sobre os seus súditos.”<sup>16</sup>

A conquista das terras e das riquezas das Américas, que já eram ocupadas por milhões de habitantes, não se legitimava pelo direito decorrente da descoberta ou da invenção, já que ali havia sociedades complexas e organizadas.

Francisco de Vitoria, segundo Luigi Ferrajoli, concebeu a idéia de *communitas orbis*, ou seja, uma sociedade de Estados soberanos que seria posteriormente tratada por outros autores e por Hugo Grotius<sup>17</sup> que sujeitou o gênero humano ao *jus gentium* ou direito das gentes, ou seja, ao direito internacional:

“A antiga idéia universalista de *communitas* medieval, submetida ao domínio universal do imperador e do papa, é rechaçada e substituída por aquela de uma sociedade internacional de Estados nacionais, concebidos como sujeitos jurídicos independentes uns dos outros, igualmente soberanos, porém subordinados a um único direito das gentes.”<sup>18</sup>

Na teoria de Francisco de Vitoria (século XVI), as civilizações da América eram consideradas como Estados soberanos, apesar de se constituírem de povos

---

<sup>16</sup> RUIZ, Rafael. **Francisco de Vitoria e o direito dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 81.

<sup>17</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 25.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno...**, 2002, p. 7-8.

bárbaros e infiéis, e, como todos os outros povos dessa *communitas orbis*, estavam sujeitas ao direito das gentes.

A teoria de Francisco de Vitoria, também segundo Rafael Ruiz, tinha como núcleo o conceito de *communitas orbis*:

“O núcleo central dessa tese é a afirmação de que a comunicação entre os povos – a *Communitas Orbis* – é uma realidade real – valha a redundância para melhor compreensão do conceito – verdadeiramente existente e anterior à formação dos Estados e de qualquer Sociedade de Estados ou Organização inter-estatal. Aliás, é essa realidade a que fundamenta e justifica qualquer criação jurídica internacional. É a *Communitas naturalis Orbis* de Vitoria que encerra em suas entranhas a *potestas* necessária inerente a toda Sociedade orgânica e perfeita, soberana e *per se sufficiens*.

Os homens – todo os homens, e, portanto, também os naturais das Índias – são livres e racionais e, embora tenham nascido dentro dessa comunidade universal natural, foram celebrando acordos, manifestos ou tácitos, de maneira que, por direito das gentes, a *Communitas* foi sendo dividida em nações, porém o fato de pertencer a uma nação determinada, não anula a anterior cidadania nem os direitos e deveres mútuos decorrentes da mesma.”<sup>19</sup>

Essa é a origem de um princípio fundamental do direito internacional, o *jus cogens* (direito cogente), a partir da idéia de Francisco de Vitoria de que o direito das gentes obriga os Estados soberanos nas suas relações externas.<sup>20</sup>

Francisco de Vitoria teorizou a respeito de alguns direitos naturais universais, como o direito de se comunicar (com os nativos e os catequizar), de viajar (às Américas), de permanecer (nas Américas), que serviram de pretexto ao conquistador

---

<sup>19</sup> RUIZ, 2002, p. 151.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno...**, 2002, p. 9.

para submeter os povos da América à guerra justa, desencadeada a partir do não acatamento, por parte dos povos indígenas, daqueles direitos naturais.

Foi a teoria de Francisco de Vitoria que deu contornos de legitimidade e juridicidade ao uso da força por parte dos espanhóis sempre que havia objeção dos índios aos esforços dos conquistadores de se apoderarem do ouro e da prata - não explorados pelos nativos - ou das terras supostamente ociosas.

Luigi Ferrajoli identifica em Francisco de Vitoria a origem da idéia de guerra justa como sanção ao desrespeito do direito das gentes ou do direito internacional como concebemos hoje:

“Disso resulta uma configuração jurídica da guerra voltada a assegurar a efetividade do direito internacional, que permanecerá inalterada até o século XX e chegará até Kelsen. A guerra é lícita e necessária, afirma Vitoria, justamente porque os Estados estão submetidos ao direito das gentes e, na falta de um tribunal superior, seus argumentos não podem ser impostos senão com a guerra.”<sup>21</sup>

A idéia de uma comunidade de Estados soberanos sujeitos ao direito das gentes e da teoria da guerra justa como sanção é o fundamento do que mais tarde se tornou a doutrina da soberania do Estado.

Luigi Ferrajoli assinala que o momento histórico do abandono da teoria de Francisco de Vitoria ocorreu com a criação do Estado absolutista, ocasião em que foram abandonados os limites e os freios do poder do Estado, interna e externamente:

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 12-13.

“É no século XVII que o modelo vitoriano entra definitivamente em crise. Com a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos, que haviam cimentado a *civitas christiana* (nação cristã) sob a égide da igreja e do Império, cai todo e qualquer limite à soberania estatal e se completa, com sua plena secularização, sua total absolutização.”<sup>22</sup>

Aqui, o desenvolvimento do Estado soberano faz com que ele assuma o controle interno total, o monopólio da força e a sua supremacia estatal em relação a qualquer outro poder. Encerrada a disputa interna pelo poder, já que todos estão subordinados à vontade do Estado soberano, o “estado de natureza” deixa de existir internamente.

Em contrapartida, o “estado de natureza” que deixou de existir no âmbito interno passa a estar presente no âmbito externo, uma vez que não há limites para os Estados soberanos, que tudo podem:

“Completado o processo de secularização dos novos Estados nacionais, a soberania estatal liberta-se de todos os limites, tanto nas teorias de Bodin e dos juristas franceses Charles Loyseau e Cardin Le Bret, quanto no paradigma contratualista inaugurado por Hobbes como fundamento da teoria jurídica e política moderna.”<sup>23</sup>

Os Estados absolutos estabelecidos poderiam guerrear entre si, sem estarem subordinados ao direito das gentes, ao poder do Papa ou de um único imperador.

A partir da Revolução Francesa a soberania estatal caminhou, historicamente, entre duas vertentes paralelas e opostas: “[...] a de uma progressiva limitação interna

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 16-17.

<sup>23</sup> Ibid., p. 18.

da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional”.<sup>24</sup>

Isso explica o processo de constitucionalização dos Estados que, ao tempo em que ofereceu uma série de limitações ao soberano no âmbito interno, de respeito aos direitos dos súditos, significou também a liberdade absoluta do Estado no âmbito externo, onde não havia freios para o poder do soberano.

É no período compreendido entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, o período de construção do Estado de Direito e da democracia, que Luigi Ferrajoli identifica o apogeu desse conceito:

“Soberania externa e soberania interna seguem nessa fase dois percursos inversos: aquela se limita tanto quanto esta se libera, em correspondência com a dupla face do Estado, fator de paz internamente e de guerra externamente.”<sup>25</sup>

O apogeu da soberania externa ilimitada dos Estados soberanos coincidiu com o aprimoramento do Estado de Direito na Europa, com o desenvolvimento do positivismo jurídico nos Estados, com a polarização político-ideológica e o armamentismo ocorrido entre a metade do século XIX e a primeira metade do século XX.

A soberania externa ilimitada levou à eclosão de muitos conflitos armados, fossem aqueles decorrentes da colonização da África, fossem aqueles ocorridos em

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 28.

<sup>25</sup> Ibid., p. 27-28.

território europeu, culminando com as duas grandes guerras do século XX, que ao final estabeleceram o início de uma nova fase do direito internacional.

Num mundo cansado de guerra, após a vitória dos aliados no segundo conflito mundial, elaborou-se a Carta da Organização das Nações Unidas em São Francisco (EUA), em 26 de junho de 1945. Posteriormente, redigiu-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, e se constituiu a Organização das Nações Unidas.

No pós-guerra, com a Carta da Organização das Nações Unidas e a Declaração de Direitos Humanos, foram reconhecidos e positivados, no âmbito global, dois princípios universais: o imperativo da paz e a tutela dos Direitos Humanos.

Ficou estabelecida uma ordem jurídica internacional, da Organização das Nações Unidas, que pôs fim, ao menos normativamente, ao "estado de natureza" no âmbito internacional:

“É a partir de então que o próprio conceito de soberania externa torna-se inconsistente e que se pode falar, conforme a doutrina monista de Kelsen, do direito internacional e dos vários direitos estatais como de um ordenamento único.”<sup>26</sup>

Referindo-se ao tema, Hans Kelsen apontava diretamente para a supremacia da ordem jurídica internacional:

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 40.

“O Direito internacional, na condição de ordem jurídica superior aos Estados, torna possível a criação de normas válidas para a esfera de dois ou mais Estados, isto é, de normas internacionais. O Direito internacional, sobretudo por meio da sua regra *pacta sunt servanda*, estabelece a norma que obriga os Estados a respeitar tratados, a se conduzir da forma que os tratados por eles firmados prescrevem.”<sup>27</sup>

Ressurge com toda a força no pós-guerra aquele conceito de comunidade de Estados soberanos (*communitas orbis*) de Francisco de Vitoria, elaborado no século XVI.

Renasce a idéia de que há um direito das gentes renovado, um direito internacional de caráter universal, ao qual os Estados não podem ignorar. Há um imperativo de ordem universal de manutenção da paz e de tutela dos Direitos Humanos, há um direito internacional com força de vinculação, um verdadeiro *jus cogens* internacional.

A consagração dos Direitos Humanos na Declaração da Organização das Nações Unidas (1948) e nos demais tratados internacionais, com destaque ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), adquiriu, para esses Direitos Humanos, o caráter de tutela supra-estatal (um valor supra-estatal), uma tutela não apenas constitucional, quando previstos constitucionalmente, mas uma tutela internacional reconhecida sobre os Estados, ainda que não prevista no direito interno.

Segundo Luigi Ferrajoli, a carta da Organização das Nações Unidas:

---

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 503.

“[...] equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica -, com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se em sistema *pactício*, baseado em tratados bilaterais *inter pares* (entre partes homogêneas), num verdadeiro *ordenamento jurídico* supra-estatal: não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também *pactum subiectionis* (pacto de sujeição).”<sup>28</sup>

A partir da nova ordem do direito internacional, os Estados, os indivíduos e os povos tornam-se sujeitos de direito internacional. A soberania, que internamente já se esvaía nos Estados de Direito, também desmorona no plano internacional, já que essa nova ordem jurídica internacional vincula os Estados-membros por constituir-se em verdadeiro *jus cogens* (direito cogente).

Jorge Miranda refere-se a esse direito internacional como fundamental ou constitucional:

“Poder-se-á então falar em direito internacional *fundamental* ou *constitucional*, em Direito estruturante das relações internacionais e da própria comunidade internacional; num conjunto de normas definidoras da posição jurídica dos sujeitos de tais relações e do quadro em que elas se desenvolvem; num conjunto de normas da vária origem, mas de função nuclear, e algumas das quais (as de *jus cogens*) possuem um valor superior ao de todas as demais.”<sup>29</sup>

Contemporaneamente, não se pode mais admitir o Estado soberano da forma classicamente concebida. O conceito de soberania do Estado é hoje diferente do que dispunha a doutrina clássica. Não há como se sustentar que o Estado não deve satisfação dos seus atos no âmbito internacional e não se submete ao *jus cogens* internacional.

---

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno...**, 2002, p. 40-41.

<sup>29</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 29-30.

O *jus cogens* internacional impõe aos Estados uma série de postulados, de princípios universais, que foram eleitos e consagrados no direito internacional através dos tratados internacionais de Direitos Humanos, como a Carta das Nações Unidas, os Pactos de Direitos de 1966, e aqueles tratados regionais, como, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica.

A aparente universalidade do direito internacional também guarda suas contradições. A Carta da Organização das Nações Unidas reconheceu o princípio da igualdade soberana dos Estados e preservou os Estados da ingerência externa em suas questões internas, o que pode revelar certa ineficácia do direito internacional, uma vez que o *jus cogens* deve vincular os Estados também no âmbito interno.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) e a Convenção de Viena sobre Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986), trataram de organizar o *jus cogens* no âmbito internacional.

Mas, o fundamental é o questionamento que Luigi Ferrajoli faz acerca do conceito de soberania, contemporaneamente, relativizando-o:

“Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é ausente de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão a história

jurídica da soberania é a história da antinomia entre dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si.”<sup>30</sup>

O Estado soberano e a soberania como elemento essencial do Estado estão em xeque, não apenas a partir do incremento do direito internacional e sua estruturação institucional posterior à segunda grande guerra, mas também, e fortemente, diante da realidade imposta pela globalização econômica.

Caíram as fronteiras do Estado e do direito a partir da queda das fronteiras comerciais e financeiras numa economia transnacional e globalizada. O “poder incontestável” do Estado soberano sucumbe diante do poder econômico, muitas vezes definido fora de suas fronteiras.

Essa realidade é descrita por José Eduardo Faria:

“Nesse novo contexto sócio-econômico, embora em termos *formais* os Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território, em termos *substantivos* muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se *materialmente* limitados em sua autonomia decisória.”<sup>31</sup>

Não é objeto deste trabalho o estudo do direito econômico ou a interferência da globalização econômica no direito brasileiro, mas o retrato da economia no mundo atual dá a dimensão do problema que enfrenta a soberania do Estado nos dias de hoje. Não vivemos em um mundo em que se possa estar isolado. Nem o Estado pode, nem seu príncipe, nem seus cidadãos:

---

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno...**, 2002, p. 44.

<sup>31</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23.

“A conclusão a que se pode chegar, no momento, a partir do estudo das diferentes particularidades do *jus cogens*, é que ele tem encontrado cada vez menos oposição por parte dos doutrinadores e contestação por parte dos Estados. Enquanto sua aceitação aumenta a cada dia e passa a fazer parte da consciência e do discurso internacional, seu conteúdo vai sendo estabelecido paulatinamente, conforme os valores da comunidade internacional vão se consolidando e sendo reconhecidos como superiores.”<sup>32</sup>

Miguel Reale Júnior revisa o conceito de soberania em face da globalização dos Direitos Humanos, ao escrever sobre o Tribunal Penal Internacional:

“A globalização econômica e cultural deve trazer um benefício, qual seja a globalização dos direitos humanos, razão pela qual o conceito de soberania há de ser revisto, tal como formulado desde a Idade Moderna, pois a proteção dos direitos humanos por toda a comunidade internacional é uma forma de concretização do princípio fonte do Estado de Direito Democrático, ou seja, a dignidade da pessoa humana.”<sup>33</sup>

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do direito internacional, reconhecida no Brasil como princípio fundamental da República, na Carta constitucional de 1988, traça claros limites à soberania estatal.

---

<sup>32</sup> FRIEDRICH, 2004, p. 182.

<sup>33</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 119-120.

## 2.2. A soberania na Constituição de 1988 e o *jus cogens* internacional

A soberania é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, um Estado Democrático de Direito, inscrito no inciso I, do artigo 1º, da Constituição de 1988, ao lado da cidadania (inciso II), da dignidade da pessoa humana (inciso III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e do pluralismo político (inciso V).

Os valores elencados na Constituição de 1988 são ora citados como fundamentos do Estado, ora como objetivos fundamentais da República.

Independentemente da denominação – fundamentos ou objetivos fundamentais da República – são sempre valores:

“A própria Constituição brasileira incorpora um extenso rol de valores, embora a eles se refira, em determinado momento, como fundamentos do Estado (art. 1º), em outra oportunidade, denominando-os objetivos fundamentais da República (art. 3º), além de contemplar inúmeros outros valores referidos difusamente.”<sup>34</sup>

São também valores constitucionais as previsões do Preâmbulo da Constituição, que institui o Brasil como um Estado Democrático de Direito, destacando-se os valores da igualdade e da justiça, além daqueles que determinam o comprometimento na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias.

---

<sup>34</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

Ainda como valores destacamos os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), de garantir o desenvolvimento nacional (inciso II), de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III) e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

O artigo 4º prevê os princípios pelos quais o Brasil reger-se-á nas relações internacionais, que são também valores constitucionais: princípio da independência nacional (inciso I); princípio da prevalência dos Direitos Humanos (inciso II); princípio da autodeterminação dos povos (inciso III); princípio da não intervenção (inciso IV); princípio da igualdade entre os Estados (inciso V); princípio da defesa da paz (inciso VI); princípio da solução pacífica dos conflitos (inciso VII); princípio de repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII); princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso XIX); princípio da concessão de asilo político (inciso X).

Há também o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que prevê:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.”

Muita polêmica já provocou a previsão constitucional do parágrafo 2º do artigo 5º, acima transcrita. Parte da doutrina sustentava que os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais não eram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro no nível constitucional, mas no nível infraconstitucional.

O importante para este trabalho é estabelecer que a Constituição de 1988 é aberta aos tratados internacionais, aos princípios de Direitos Humanos e à cooperação internacional entre os Estados num mundo cada vez mais integrado.

A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, no bojo da chamada Reforma do Judiciário, espanca qualquer dúvida de interpretação em relação à abertura da Constituição Federal para o direito internacional e para a cooperação entre os povos na defesa dos Direitos Humanos e na busca da solução pacífica dos conflitos.

A Emenda Constitucional nº 45 inseriu dois novos parágrafos, o 3º e o 4º, no artigo 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias do cidadão.

O parágrafo 1º do artigo 5º, que já estava presente no texto original de 1988, prevê que as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata. O parágrafo 2º, também presente no texto original, prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros previstos nos tratados internacionais de que o Brasil faz parte. Essas previsões já apontavam, portanto, para a incorporação no direito interno de direitos e garantias não expressamente

previstos desde que fizessem parte de tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil nos organismos internacionais.

O parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos serão equivalentes às emendas constitucionais desde que aprovados, em dois turnos, por três quintos dos membros das duas casas do Congresso Nacional. Ou seja, a incorporação dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ao direito brasileiro ocorrerá no nível da Constituição Federal e não no nível infraconstitucional.

O artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 1988, previa expressamente: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, a criação de um tribunal internacional nos moldes do Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma era pouco mais que um sonho. Mas o Estatuto de Roma se tornou uma realidade dez anos depois.

O parágrafo 4º do artigo 5º da Constituição Federal, inserido através da Emenda Constitucional nº 45, prevê expressamente que: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

A incorporação do Brasil na comunidade internacional, nos foros e organizações internacionais, não é, portanto, uma opção dos governantes de plantão, mas sim uma imposição da própria Constituição da República.

A adequação da nossa ordem jurídica à ordem jurídica internacional advém de determinação constitucional. A necessidade de cooperação entre os povos, de defesa da paz e dos Direitos Humanos é, portanto, imperativo constitucional.

Não há conflito entre os objetivos de nossa Constituição de 1988 e dos objetivos da comunidade internacional inseridos nos tratados internacionais de Direitos Humanos. A cooperação prevista na Carta da Organização das Nações Unidas, na Declaração de Direitos Humanos de 1948 e no Estatuto de Roma está plenamente de acordo com os princípios adotados pelo Brasil na sua Carta política.

Joaquim José Gomes Canotilho aponta o alargamento do direito internacional como uma etapa de formação de um constitucionalismo global:

“Com efeito as relações internacionais devem ser cada vez mais relações reguladas em termos de *direito e de justiça*, convertendo-se o *direito internacional* numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da ‘política e relações internacionais’ quer da própria construção constitucional interna. Para além deste *jus cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos **direitos humanos** – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os *direitos humanos* -, articuladas com o papel da *organização internacional*, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global.”<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, 2002, p. 1354.

As constituições dos Estados e os princípios que as regem decorrem de uma vontade de fixar valores, princípios claros e inequívocos da identidade nacional. E esses princípios decorrem da cultura, da essência e da sociedade da qual emerge o poder constituinte, bem como das lições obtidas através da história da humanidade; da inspiração iluminista que criou os Estados soberanos e que evoluiu para lhe por os freios; da construção do Estado de Direito e dos princípios universais do direito internacional.

O desastre para a humanidade que foi o nacional-socialismo da Alemanha também foi a derrota do Estado alemão nazista e do direito positivo nazista, já que a discriminação dos judeus era legal e o confisco de seus bens, as limitações ao direito de ir e vir etc., estavam previstos em lei.<sup>36</sup>

O pós-guerra significou a assunção de um direito com firmes princípios éticos e valores universais, eleitos em compromissos internacionais e fundados na dignidade da pessoa humana e respeito aos Direitos Humanos. Há, sem dúvida, uma retomada de valores humanos universais, extraídos dos princípios iluministas, do direito por natureza ou do direito natural, sob as balizas de um direito positivo internacional que reconhece a necessidade de se manter coeso em uma forma sistêmica.

O desate da segunda grande guerra, o fim de um ciclo da história e do direito, se deu apenas com o julgamento dos tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio e com o estabelecimento da Organização das Nações Unidas.

---

<sup>36</sup> Sobre o tema, **Eichmann em Jerusalém**, Arendt (2001).

Conforme Joaquim José Gomes Canotilho, o núcleo básico dos Direitos Humanos é vinculativo às ordens jurídicas internas dos Estados. É Estado de Direito, com a concepção de Estado de Direito Democrático, aquele que “cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes *pactos internacionais*”.<sup>37</sup>

Na Constituição Portuguesa de 1976, Joaquim José Gomes Canotilho localiza o princípio da abertura internacional no artigo 7º da Constituição, esclarecendo o significado de tal abertura: (1) o Estado português está incluído na comunidade internacional; (2) o direito internacional é direito do próprio país e Portugal reconhece alguns princípios internacionais como “medida de justiça”; (3) os poderes públicos instituídos devem ter participação ativa na solução dos problemas internacionais, com a participação nos organismos internacionais (na defesa da paz e segurança internacionais, na defesa dos Direitos Humanos); (4) o país é solidariamente responsável, adotando uma política de asilo em consonância com a dignidade da pessoa humana.<sup>38</sup>

Essa abertura da Constituição portuguesa, referida por Joaquim José Gomes Canotilho, não é uma abertura para qualquer ordem internacional, mas para a ordem internacional informada por determinados princípios:

“A ordem internacional e a ordem constitucional interna interactivamente abertas são *ordens fundadas nos direitos humanos e nos direitos dos povos* e daí as declarações universais e as convenções internacionais garantidoras dos direitos do homem ao lado dos catálogos de direitos fundamentais inseridos nas

---

<sup>37</sup> CANOTILHO, 2002, p. 233.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 369.

constituições internas (cfr. Artigo 7º/1/2/3). A ordem internacional e a ordem constitucional interna são *ordens de paz* e de solução pacífica de conflitos, o que justifica o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva (ONU, NATO, UEO) e a criação de tribunais internacionais (Tribunal Internacional de Justiça, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, Tribunal Penal Internacional). Deste modo: a crescente *constitucionalização* do direito internacional através de princípios cogentes de valor superior converte-o num direito de ordenação e dá fundamento a uma responsabilidade dos Estados *erga omnes*.<sup>39</sup>

A abertura da Constituição portuguesa ao direito internacional, como a abertura da Constituição brasileira ao direito internacional, é parte de uma tendência mundial, de relativização da soberania nacional e de incremento da cooperação internacional entre os povos.

A limitação dos Estados soberanos imposta pelo *jus cogens* internacional é mais uma vez explicitada por Joaquim José Gomes Canotilho:

“Hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, *de princípios e regras jurídicas internacionais*. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno fazendo parte *of the law of the land* (CRP, artigo 8º/1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer *out*, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso, ele deve submeter-se às normas de direito internacional quer nas relações internacionais quer no próprio actuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a **amizade e a abertura ao direito internacional** como uma das dimensões caracterizadoras do Estado de Direito.”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Ibid., p. 370.

<sup>40</sup> Ibid., p. 232.

É preciso admitir que diante de um sistema jurídico internacional é necessário reconhecer “que o poder constituinte soberano criador das constituições está hoje longe de ser um sistema autónomo que gravita em torno da soberania do Estado”.<sup>41</sup>

Isso significa que o poder constituinte originário não é absolutamente livre para dispor sobre o direito interno: deve respeito aos princípios universais de Direitos Humanos construídos ao longo da história, reconhecidos e positivados, no âmbito internacional, nos tratados internacionais.

### **2.3. A jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional**

A soberania é um princípio que deve ser interpretado em conjunto com outros princípios constitucionais. A soberania está simultaneamente subordinada, na ordem interna, pela Constituição e, na ordem internacional, pelo respeito ao *jus cogens* internacional.

Hans Kelsen afirmou que o “Direito internacional e o Direito nacional formam um todo inseparável”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Ibid., p. 1356.

<sup>42</sup> KELSEN, 2000, p. 499.

Existe, na Constituição e nos tratados internacionais, uma correlação de princípios, uma correspondência entre princípios, uma repetição dos princípios aos quais está submetido o Estado brasileiro.

A soberania do Estado brasileiro não é afetada e não é diminuída com a existência do Tribunal Penal Internacional, como não é reduzida pela existência da Organização das Nações Unidas, da Organização Mundial do Comércio ou da Corte Americana de Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica.

A primazia do direito interno para punição dos crimes de maior gravidade, no âmbito internacional, de competência do Tribunal Penal Internacional, está garantida pelo Estatuto de Roma e pelos princípios de direito internacional dos tratados internacionais.

No parágrafo décimo do Preâmbulo do Estatuto<sup>43</sup> e no artigo 1º do Estatuto de Roma,<sup>44</sup> está prevista a competência complementar do tribunal em relação às jurisdições penais dos Estados. Esses dispositivos não ferem a garantia de um tribunal independente, já que é o Tribunal Penal Internacional que decide sobre sua atuação, sempre tendo em vista o respeito à jurisdição dos Estados, quando estes a exercerem de maneira efetiva.

Os Estados não interferem na independência do tribunal, que existe para complementar a jurisdição doméstica apenas quando esta for considerada

---

<sup>43</sup> “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições nacionais.”

<sup>44</sup> “[...] será complementar às jurisdições penais nacionais.”

inoperante. Ainda que o Estado exerça a sua jurisdição e impeça a atuação do tribunal, não estará fazendo qualquer ingerência em casos de competência do Tribunal que, diante da atuação do Estado, deixa de ter a competência para punir os crimes internacionais.

### 3. VALORES CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL

As Constituições do Brasil, desde a independência, previram direitos e garantias individuais. É curioso notar que a sociedade brasileira do século XIX, que se mantinha pela exploração da mão-de-obra escrava, previa direitos individuais, na Constituição do Império de 1824, àqueles considerados cidadãos.<sup>45</sup>

Os direitos individuais previstos nas Constituições brasileiras, desde o Império, têm clara inspiração na Declaração de Direitos do Homem de 1789, mesmo que fossem direitos reconhecidos apenas para os amigos do príncipe.

A Constituição Federal de 1988 consagrou valores histórica e internacionalmente aceitos. Esses valores foram eleitos através da evolução histórica da humanidade.<sup>46</sup> A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como seu fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

A Constituição Federal de 1988 prevê um amplo rol de direitos e garantias ao indivíduo que dá o contorno do Direito Penal e do Direito Processual Penal brasileiro, do qual estes não podem se afastar.

---

<sup>45</sup> José Afonso da Silva sustenta que a primeira Constituição do mundo que deu concreção jurídica aos direitos do homem foi a Constituição Imperial do Brasil (SILVA, 1991, p. 149 e 151).

<sup>46</sup> Sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos, ver Comparato (2003).

Além de observar as disposições do Código Penal e do Código Processual Penal, os profissionais do direito devem obediência às normas constitucionais relacionadas ao processo e à garantia ao cidadão de acesso à justiça e de ser submetido a um julgamento que observe o devido processo legal.

### **3.1. Princípios constitucionais do Direito Penal e do Processo Penal**

Não é possível tratar o Direito Processual Penal sem fazer referência ao Direito Penal. Os princípios constitucionais que regem o Direito Penal estão relacionados de maneira intrínseca aos princípios constitucionais do Direito Processual Penal.

Marco Antônio Marques da Silva descreve a relação de dependência entre o Direito Penal e Processual Penal e a Constituição Federal:

“Os princípios que norteiam o direito penal e o direito processual penal são as linhas mestras que estabelecem os limites da atuação do Estado na sociedade contemporânea. A simples existência de direitos fundamentais separados de suas garantias de nada valem, pois, como afirma Jorge Miranda os direitos permitem a realização das pessoas e têm interferência imediata nas esferas jurídicas, enquanto as garantias estabelecem-se em função com o nexos que possuem com aqueles. Esta estrutura formulada de acordo com os princípios constitucionais estabelecidos permite que o acesso à justiça seja concretizado com a solução dos conflitos. Estes, no âmbito penal, se estabelecem entre o réu e o Estado.”<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**, 2001, p. 5- 6.

Winfried Hassemer já anotou que o Direito Penal substantivo e o processual só estão separados superficialmente.<sup>48</sup>

Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, em obra coletiva, advertem sobre a relação de dependência existente entre o Direito Penal e o Processual Penal:

“Ambas as disciplinas têm como normas primárias a Constituição e o direito internacional, porque cabe àquela e a este a preservação do estado de direito, e todo princípio limitador possui sua correspondente versão penal e processual-penal.”<sup>49</sup>

O Direito Penal e o Direito Processual Penal derivam da Constituição e a partir dela é que o Estado tem disciplinado o exercício do *jus puniendi*, o conteúdo da punição e a forma de sua realização.

Não é por outra razão que Winfried Hassemer<sup>50</sup> reconhece o postulado de que o Direito Processual Penal é o direito constitucional aplicado:

“O direito processual penal, tal e como temos dito, proporciona as regras de procedimento pelas quais o caso há de ser produzido e com base em que pode se considerar validamente produzido. Na descrição realizada, o direito processual penal aparece como senhor do processo penal e como servidor do direito penal substantivo. O papel de dominador é algo evidente em nossa cultura jurídica e é nele que se realiza o princípio de que deve se fazer sob formas jurídicas e há de ser suscetível de controle pelo Direito. Por esta razão se tem chegado a denominar acertadamente o direito processual penal de ‘Direito constitucional aplicado’.”<sup>51</sup>

<sup>48</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 145.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 290.

<sup>50</sup> HASSEMER, 1984, p. 149-150.

<sup>51</sup> Tradução livre, feita pelo autor, do original: “El derecho procesal penal, tal y como hemos dicho, proporcionan las reglas de procedimiento conforme a las cuales el caso ha de ser producido y en

Da mesma forma se posiciona Joaquim José Gomes Canotilho, reconhecendo que os direitos, liberdades e garantias constitucionais valem diretamente contra a lei, quando essa estabelecer restrições em desconformidade com a Constituição:

“Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga.”<sup>52</sup>

Jorge Miranda, no mesmo sentido, assegura a supremacia da Constituição quando houver colidência de algum dispositivo legal em face da norma constitucional:

“O conteúdo essencial tem de se radicar na Constituição e não na lei – porque (mais uma vez) é a lei que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não a Constituição de acordo com a lei.”<sup>53</sup>

Os princípios constitucionais informadores do processo penal são, portanto, limitadores da atividade estatal no âmbito do legislativo, na esfera de investigação policial ou durante o processo judicial.

---

base a las cuales puede considerarse válidamente producido. En la descripción realizada, el Derecho procesal penal aparece como señor del proceso penal y como servidor del Derecho penal sustantivo. El rol de dominador es algo evidente en nuestra cultura jurídica y en él se realiza el principio de que debe hacerse bajo formas jurídicas y ha de ser susceptible de control desde el Derecho. Por esta razón se ha llegado a denominar acertadamente al Derecho procesal penal ‘Derecho constitucional aplicado’.”

<sup>52</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1165.

<sup>53</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 341.

Como princípios constitucionais do processo penal, podemos entender aqueles postulados que limitam a atividade punitiva do Estado, proporcionando as balizas às quais o Estado está limitado para aplicação da lei penal.

Não há um Direito Processual Penal separado do Direito Penal. Fundamentalmente, não pode haver Direito Penal ou Direito Processual Penal divorciado do texto constitucional, que delimita seus contornos e retrata os seus postulados fundamentais.

Não se confunde o direito processual constitucional com o direito constitucional processual. Esse último tem como objeto de estudo os princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição. As normas atinentes ao processo penal são, portanto, normas de direito constitucional processual penal. O “paradigma processual na Constituição”<sup>54</sup> obriga o aplicador da lei penal a analisar o processo e sua conformidade com as normas constitucionais do processo.

As garantias do processo penal, previstas no texto da Constituição, são a expressão do direito constitucional processual, entre as quais destaca-se, primordialmente, o devido processo legal.

---

<sup>54</sup> CANOTILHO, 2002, p. 959.

#### 4. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal, que tem origem no vocábulo inglês *due process of law*, é o princípio fundamental do processo penal na Constituição.

A origem do princípio do devido processo legal remonta à Idade Média, com a *Magna Carta*, de João Sem Terra, em 1215. Ali se forjou o termo *law of the land* ou lei da terra,<sup>55</sup> primeira formulação do *due process of law*.

Para Fábio Konder Comparato o princípio do *due process of law* é o coração da *Magna Carta*. Sua grande virtude residia no fato de que se desvinculava “da pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição”.<sup>56</sup>

A independência da lei e da jurisdição em relação ao príncipe tornara-se a maior garantia do jurisdicionado.

Já com a redação de *due process of law*, o termo foi utilizado pela primeira vez no reinado do rei Eduardo III, da Inglaterra de 1354.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseissatur*), banido (*ultragetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).”

<sup>56</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.

<sup>57</sup> “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condiction that he be, shall put out of land or tenement, nor taken or improvisioned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law. (Statute of Westminster of the Liberties of London).”

Embora a *Magna Carta*, redigida em latim bárbaro,<sup>58</sup> fosse instrumento criado para garantia dos nobres ingleses contra os abusos do rei e não em favor de toda a população, os institutos eram originais e eficazes do ponto de vista jurídico, na defesa da vida, da liberdade e da propriedade dos nobres titulares daqueles direitos.

A Constituição dos Estados Unidos da América (Carta da Filadélfia) previu o instituto do devido processo legal através da 5ª Emenda e da 14ª Emenda. Antes disso, as declarações de direitos da Virgínia, de Maryland e da Carolina do Norte (todas de 1776), bem como as Constituições das colônias de Vermont (1777), de Massachusetts (1780) e de New Hampshire (1784), já reconheciam o mesmo instituto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou, no seu artigo 5º, inciso LIV, expressamente, o princípio do devido processo legal.<sup>59</sup>

Já na Constituição Federal de 1946, promulgada no pós-guerra sob a influência dos ideais democráticos e humanitários do período, havia a previsão do devido processo legal, não expressamente, mas extraída de diversos dispositivos do artigo 141.

Segundo José Frederico Marques a redação do artigo 141, § 25, da Constituição de 1946, foi a “consagração do devido processo legal como norma

---

<sup>58</sup> COMPARATO, 2003. p. 69.

<sup>59</sup> “Artigo 5º, inciso LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

fundamental de procedimento e garantia suprema do *jus libertatis*”, ao assegurar “aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela (art. 141, § 25)”.<sup>60</sup>

O reconhecimento expresso do devido processo legal na Constituição de 1988, após o longo período de exceção da ditadura militar, decorreu de sua abrangência, relevância e de suas conseqüências jurídicas, essenciais num Estado Democrático de Direito.

O princípio do devido processo legal elevado à garantia constitucional é o gênero do qual decorrem as suas espécies, quais sejam, outros princípios constitucionais do processo. São inerentes ao devido processo legal, sem os quais o instituto perde sua razão, uma série de princípios processuais, tais como o do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da vedação da prova ilícita, da publicidade etc.

O devido processo legal tem duas faces. Uma face de direito material, que não se restringe à tutela processual – o chamado *substantive due process*, ou devido processo legal em sentido material – que alcança além do processo as garantias fundamentais do indivíduo.

Essa face do devido processo legal material (*substantive due process*) foi desenvolvida pelo direito norte-americano, através da interpretação da Constituição

---

<sup>60</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1961, p. 78.

norte-americana pela Suprema Corte, que extraiu os contornos do princípio da razoabilidade das leis.

Conforme Nelson Nery Júnior: “Toda a lei que não for razoável, isto é, que não seja a ‘*law of the land*’, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo poder judiciário”.<sup>61</sup>

André Ramos Tavares refere-se ao devido processo legal, no âmbito material, como a “necessidade de observar o princípio da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade”.<sup>62</sup>

A outra face do devido processo legal é a processual, chamada de *procedural due process*, que tutela aqueles direitos por meio do processo, tais como o direito de citação e a exigência de conhecimento da acusação, o direito de um julgamento público, o respeito ao princípio do juiz natural, o direito de arrolar testemunhas, o direito à ampla defesa, o respeito ao princípio da reserva legal, o direito ao silêncio, o direito a não auto-incriminação, o direito à assistência jurídica, a vedação das provas ilícitas etc.

Na dicção de Nelson Nery Júnior, a cláusula “*procedural due process* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo a

---

<sup>61</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 34.

<sup>62</sup> TAVARES, 2002, p. 483.

pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”.<sup>63</sup>

Portanto, o devido processo legal é a necessidade do Estado proporcionar ao jurisdicionado o direito à ampla defesa e ao seu efetivo exercício. O seu dia na Corte (tribunal), na expressão cunhada pela Suprema Corte norte-americana, não significa um julgamento formal, mas de um julgamento ou um processo justo, com a garantia da ampla defesa.

#### **4.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa**

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, prevê que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório tem como manifestação o direito de ação e o direito de defesa. O contraditório se inicia com o dever de comunicar a acusação, de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro lado, a necessidade de garantir a plena possibilidade de as partes reagirem ao que lhes seja desfavorável.

---

<sup>63</sup> NERY JÚNIOR, 1991, p. 37.

Abrange, ainda, o direito das partes de deduzirem suas pretensões e defesas, realizarem provas, de serem ouvidas paritariamente no processo em todos os seus termos e de oferecerem contraprovas etc.

No processo penal o princípio do contraditório deve ser interpretado em conjunto com o princípio da ampla defesa, na formulação de Marco Antônio Marques da Silva:

“Contraditório e ampla defesa formam um binômio inarredável e uma consequência lógica do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito.”<sup>64</sup>

O princípio da ampla defesa necessita do contraditório, do conhecimento da acusação para a sua contestação. Mas vai além da contestação dos fatos alegados. Não basta, para realização do princípio da ampla defesa, o contraditório formal. A defesa tem que ser eficientemente realizada. Eficiente não significa eficaz, vencedora. Pode não ser vencedora, mas não pode ser burocrática, apenas formal e afastada da realidade em que se situa o acusado.

Para o atendimento do princípio da ampla defesa não basta a ocorrência do contraditório, o que obriga o juiz a garantir ao acusado a renovação da manifestação da defesa quando essa for inepta ou desidiosa, por exemplo. É exigência do devido processo legal a defesa efetiva,<sup>65</sup> tecnicamente hábil e capaz.

---

<sup>64</sup> MARQUES DA SILVA, **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18.

<sup>65</sup> Sobre a necessidade de que a defesa seja efetiva e não meramente formal, ver Marco Antônio Marques da Silva. O acesso à justiça e sua efetividade. *In: Estudos em homenagem ao acadêmico Ministro Sydney Sanches*. São Paulo: Fiuza, 2003, p. 261.

Se não for observada a ampla defesa, fica invalidado todo o processo. A ampla defesa começa com o direito de informação sobre a acusação e sobre qualquer imputação nova para que a defesa possa dela tomar conhecimento. Não se pode utilizar, para fins de condenação, fatos sobre os quais a defesa não tenha tido conhecimento, fatos que não tenham sido submetidos ao crivo do contraditório.

A modificação do artigo 366 do Código de Processo Penal brasileiro, operada pela Lei 9.271/96, adequou a lei processual ao que determinam a Constituição Federal e os tratados internacionais de Direitos Humanos, ao estabelecer a necessidade de cientificar o réu da acusação, afastando a possibilidade do processo sem a garantia da ampla defesa.

Esse avanço demonstra que não é impossível a adequação de nossas normas legais aos postulados internacionais reconhecidos como valores universais, como Direitos Humanos. Também não é incompatível com a certeza da prestação jurisdicional, porque ficam suspensos o processo e o prazo prescricional para o acusado que não for localizado.

#### **4.2. Princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que prevê: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Historicamente, o princípio da presunção de inocência decorreu da mudança fundamental do processo penal, do sistema inquisitorial, no qual era o acusado que deveria provar sua inocência, para o sistema acusatório.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi o primeiro instrumento a reconhecer esse princípio (artigo IX), que antes fora proclamado pelo Marquês de Beccaria.<sup>66</sup>

Para a escola clássica surgida dos ideais iluministas consagrados na Declaração de Direitos do Homem, de 1789, o processo penal é a garantia do cidadão contra o abuso do poder por parte do Estado.

Não se pode condenar o acusado quando não esteja provado, de acordo com a lei processual, a sua culpabilidade, ainda que não haja, por outro lado, prova de sua inocência. Não se presume a inocência, mas, principalmente, não se pode presumir a culpa, razão pela qual muitos sustentam que mais adequado seria designar o princípio da presunção de inocência de princípio do estado de inocência.

---

<sup>66</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

### 4.3. Princípio da publicidade

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a garantia da publicidade dos atos processuais, no artigo 5º, inciso LX, que diz que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, e no artigo 93, inciso IX, que diz que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...]”.

O princípio da publicidade é parte do devido processo legal, implícito neste. Não há espaço para uma justiça secreta, da qual não tomem conhecimento os interessados, as vítimas ou a sociedade.

A publicidade garante ao processo a visibilidade social do Judiciário. Possibilita, preservado o direito à intimidade e à imagem, o exercício do direito de informação que possui o cidadão. A informação da solução dos conflitos submetidos ao crivo do Judiciário e com a participação dos órgãos de imprensa é absolutamente necessária num Estado Democrático de Direito.

O Judiciário transparente é assegurado pelo princípio da publicidade, acompanhado pelo cidadão que comparece numa audiência pública, ou que toma conhecimento dos fatos pela imprensa que noticia os julgamentos, ou por organizações não-governamentais. Esse acompanhamento pela sociedade civil da

atividade jurisdicional traz benefícios inequívocos e aproxima o Judiciário da população.<sup>67</sup>

A publicidade garante uma maior segurança jurídica, uma vez que os atos judiciais públicos, ou levados ao conhecimento público, tendem a ser mais transparentes e em linguagem mais acessível à população. Mas a publicidade deve ser realizada com responsabilidade, uma vez que fatos divulgados podem destruir reputações e comprometer o futuro de pessoas inocentes.

#### **4.4. Princípio do duplo grau de jurisdição**

A Constituição do Império, de 1824, já previa expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição (artigo 158), sempre que a parte o exigisse. As constituições da República apenas se referiram à existência dos tribunais, conferindo-lhes competência recursal, sem prever expressamente a necessidade do duplo grau de jurisdição.

É assim a atual Constituição de 1988, que não é expressa em relação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

---

<sup>67</sup> Tome-se como exemplo de publicidade a transmissão de sessões do Supremo Tribunal Federal através da TV Justiça.

Esse princípio indica a necessidade da possibilidade de revisão, após interposição de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau. É a garantia de um novo julgamento por parte de um órgão judiciário de segundo grau ou instância.

O principal fundamento para a previsão do duplo grau de jurisdição é a sujeição do Judiciário a uma forma de auto-controle. O fundamento é político e procura afastar a chance de ocorrer um erro judiciário.

O princípio do duplo grau de jurisdição só prevalece quando a parte vencida exercita a possibilidade do recurso. O recurso para levar um processo ao segundo grau de jurisdição não deve ser automático, deve depender da vontade da parte vencida. Na vigente ordem constitucional não resta espaço para os recursos de ofício, previstos na lei processual penal, que não são adequados ao sistema acusatório adotado ou aos princípios constitucionais do processo.

#### **4.5. Princípio do juiz natural**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º que “não haverá júízo ou tribunal de exceção” (inciso XXXVII) e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inciso LIII), consagrando o princípio do juiz natural.

Tribunal de exceção seria aquele criado ou designado para julgar determinado caso, por designação do detentor do poder do Estado, pouco importando a prévia existência do tribunal ou a competência legal para o caso.

Não se deve confundir a questão do tribunal de exceção, vedado constitucionalmente, com a questão da prerrogativa de foro, que se dá quando a lei garante a alguém, em razão de interesse público, um foro de julgamento diferenciado. Essa hipótese está presente nos casos da competência originária dos tribunais para julgar juízes e promotores de justiça, por exemplo, ou do Senado Federal para o julgamento do presidente da República, no caso de crime de responsabilidade.

O conteúdo do princípio do juiz natural consiste na exigência de determinabilidade, com a prévia individualização dos juízes, por meio de leis gerais, a garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos magistrados) e a fixação da competência através de critérios objetivos, além da observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna.

## **5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

Importante verificar se os princípios do processo penal na Constituição do Brasil, no âmbito nacional ou local, guardam relação com as declarações internacionais de Direitos Humanos, no âmbito regional e no âmbito global.

### **5.1. A Carta das Nações Unidas (1945)<sup>68</sup>**

A Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, estabeleceu como propósito de sua instituição o desenvolvimento de relações entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, além de promover a paz universal (artigo 1º, número 2).

Como missão da Organização das Nações Unidas ficou estabelecida a consecução da cooperação internacional para solução dos problemas internacionais, entre os quais o problema humanitário, bem como a promoção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem discriminação (artigo 1º, número 3). O artigo 13 da Carta encarregou a Assembléia Geral de iniciar estudos e fazer recomendações destinadas a promover a busca da cooperação internacional, favorecendo o gozo dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais.

---

<sup>68</sup> Assinada pelo Brasil em 21.09.1945.

## **5.2. A Declaração de Direitos Humanos da ONU (1948)<sup>69</sup>**

A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 10 de dezembro de 1948, consagrou como Direitos Humanos universais alguns princípios: a proteção contra a prisão arbitrária (artigo IX); o direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir sobre o fundamento de uma acusação criminal (artigo X); o direito de ser presumido inocente o acusado até que a culpabilidade seja provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas as garantias à sua defesa (artigo XI, 1); o direito de não ser julgado por fato que não seja criminalmente punível perante o direito nacional ou internacional, além de não ser possível a imposição de pena mais grave que aquela prevista na data do fato (artigo XI, 2).

## **5.3. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)<sup>70</sup>**

Aprovado pela Assembléia da Organização das Nações Unidas em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entrou em vigor em 1976, mas o Brasil só aderiu após a redemocratização, ratificando-o apenas em 1992.

---

<sup>69</sup> Assinada pelo Brasil em 10.12.1948.

<sup>70</sup> Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabeleceu, entre outros princípios, aqueles que são inerentes ao processo penal. Em seu artigo 9º, prevê uma série de princípios do processo.<sup>71</sup>

O direito à liberdade e à segurança pessoais, a proibição da prisão ou encarceramento arbitrário, a privação da liberdade apenas em virtude de lei e através dos procedimentos em lei previstos, estão no parágrafo 1º deste artigo.

O direito ao conhecimento da acusação ou de citação está previsto no parágrafo 2º.

O preso tem o direito de ser levado, sem demora, à presença do juiz, e de ser julgado em tempo razoável. É reconhecido o princípio pelo qual a prisão cautelar não pode ser regra para aquele acusado que aguarda o julgamento. Tais previsões estão no parágrafo 3º, do mesmo artigo 9º.

---

<sup>71</sup> “Artigo 9º - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação.”

Neste aspecto vale a referência à importância do dispositivo que prevê a necessidade de o preso ser encaminhado à presença do juiz para ser ouvido. Essa disposição afasta a possibilidade de interrogatório virtual, *on line*, ou por videoconferência. A presença física do acusado perante o juiz é a garantia de que não haverá coação ou intimidação do preso. Relevante também é a regra pela qual o acusado, sempre que possível, aguardará o julgamento em liberdade, constituindo-se a prisão cautelar em exceção à regra da liberdade.

No parágrafo 4º, do artigo 9º, do Pacto, está a previsão de recurso a um tribunal para pleitear a liberdade do acusado decorrente de uma prisão ilegal. Trata-se, no Brasil, do “habeas corpus”,<sup>72</sup> constitucionalmente previsto.

Há expressa previsão de reparação à vítima de prisão indevida, ou ilegal, no parágrafo 5º, do artigo 9º, do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

O artigo 13 previu que a expulsão de estrangeiro deve obedecer ao respeito à lei, com garantia do direito à defesa.

O artigo 14, do Pacto de Direitos Civis e Políticos,<sup>73</sup> traz importantes garantias judiciais para o acusado da prática de crimes.

---

<sup>72</sup> Artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>73</sup> “Artigo 14 – 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, que por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal

O parágrafo 1º, do artigo 14 do Pacto, reconhece o princípio da igualdade no julgamento, o princípio de independência e imparcialidade do tribunal, o princípio da legalidade do tribunal e o princípio da publicidade dos atos processuais, quando não houver razão para o sigilo, mas com a necessária publicidade das decisões obtidas no julgamento.

O artigo 14º, § 2º, assegura ao acusado a presunção de sua inocência até a prova de sua culpa, legalmente obtida no julgamento.

---

ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) de ser informada, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) de ser julgada sem dilações indevidas;

d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado "ex officio" gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) de ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos menores e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, não-revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país."

O § 3º, do artigo 14, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, garante, em plena igualdade, ao acusado da prática de crime, o direito de citação, o direito à ampla defesa (com tempo necessário e os meios para elaborar sua defesa, com direito de escolha do defensor e de com ele se comunicar), o direito de um julgamento sem adiamentos indevidos, o direito de estar presente no julgamento e de se defender pessoalmente, o direito de fazer reperguntas e de ser ouvido perante a Corte, o direito de fazer ouvir suas testemunhas como as de acusação, o direito ao intérprete caso não fale a língua utilizada no julgamento, o direito a não depor contra si (o direito ao silêncio como decorrência dos outros direitos citados).

Em relação aos jovens que não fossem maiores na data dos fatos de acordo com a legislação penal, deve-se ter em conta, no seu julgamento, a importância de sua reintegração social, nos termos do § 4º, do artigo 14, do Pacto.

O direito ao duplo grau de jurisdição está garantido no § 5º, do artigo 14.

O direito de reparação pela prisão indevida, por erro judicial, está previsto no § 6º, do artigo 14.

O princípio do *ne bis in idem* está previsto no § 7º, do mesmo artigo 14.

O artigo 15 do Pacto de Direitos Civis e Políticos consagra o princípio da anterioridade da lei penal, exigindo-se a prévia figura penal típica, nacional ou internacional.

As quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Internacional Humanitário<sup>74</sup>, de 1949, prevêm, no artigo 3º, comum às quatro convenções, a proibição de prolação de sentenças e a sua execução sem julgamento prévio pronunciado por um tribunal regularmente constituído que forneça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.<sup>75</sup>

Os protocolos adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949, de 8 de junho de 1977<sup>76</sup>, relativos à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo Adicional I) e não-internacionais (Protocolo Adicional II), também prevêm, expressamente, garantias processuais.<sup>77</sup>

#### **5.4. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969)<sup>78</sup>**

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, em vigor desde 1978, é o instrumento no âmbito regional de defesa dos

---

<sup>74</sup> Convenção (I) para Melhoria das Condições dos Feridos e Enfermos das Forças Armadas em Campanha; Convenção (II) para Melhoria das Condições dos Feridos e Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar; Convenção (III) relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; Convenção (IV) relativa à Proteção de Civis em Tempo de Guerra.

<sup>75</sup> O Brasil é parte das quatro Convenções de Genebra, que entraram em vigor em 21.10.1950.

<sup>76</sup> O Brasil depositou a Carta de adesão em 5/5/1992. O Congresso Nacional aprovou os protocolos em 17/3/1002, por meio do Decreto Legislativo nº 1. Os protocolos ingressaram no ordenamento jurídico nacional em 28/6/1993, com a publicação no Diário Oficial da União do Decreto nº 849.

<sup>77</sup> Protocolo Adicional I, artigo 75, número 4 e alíneas; Protocolo Adicional II, artigo 6.

<sup>78</sup> O Brasil depositou a Carta de Adesão em 25/9/1992. O Decreto Legislativo nº 27, do Congresso Nacional, é de 26/5/1992. O Pacto foi incorporado ao direito interno em 9/11/1992, com a publicação no Diário Oficial da União do Decreto nº 678, de 6/11/1992.

Direitos Humanos de maior importância. O Brasil só ratificou a Convenção em 1992, após a redemocratização.

No Pacto de São José da Costa Rica, que prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (sem competência penal), figuram também as garantias do processo penal.

Os Estados-parte do Pacto de São José têm o dever de adotar medidas legislativas necessárias para a garantia dos direitos previstos naquele instrumento, conforme a redação do artigo 2º.

O artigo 7º, da Convenção Americana, prevê garantias da liberdade da pessoa, que são também garantias processuais.<sup>79</sup>

Os direitos à liberdade e segurança pessoais estão previstos no § 1º deste artigo 7º, da Convenção Americana.

---

<sup>79</sup> “Artigo 7º - Direito à Liberdade Pessoal.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificação, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridades judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Os parágrafos 2º e 3º, do artigo 7º, da Convenção, prevêm a limitação da prisão para casos previstos na Constituição ou em lei e a vedação da prisão arbitrária.

O direito de citação está assegurado (conforme o § 4º), a garantia do acusado ser levado à presença de um juiz e de ser julgado em tempo razoável ou de ser posto em liberdade no curso do processo (conforme o § 5º), são também previsões expressas do artigo 7º, Convenção Americana. A previsão do § 4º do artigo 7º impede a realização de interrogatórios virtuais, já que a garantia é de que o acusado deve ser levado à presença do juiz, o que significa a presença física do preso perante a autoridade.

O instituto do “habeas corpus”, no Brasil constitucionalmente assegurado (artigo 5º, LXVIII, da Constituição de 1988), está incorporado à Convenção Americana, através do § 6º, do artigo 7º.

A Convenção Americana, no seu artigo 8º, arrolou algumas garantias judiciais do processo,<sup>80</sup> que não excluem as demais previsões relacionadas ao processo penal.

---

<sup>80</sup> “Artigo 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.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

O direito do acusado de ser ouvido perante um tribunal independente e imparcial, prévia e legalmente constituído, são previsões do § 1º, do artigo 8º, da Convenção Americana. A constituição prévia do tribunal busca satisfazer o princípio do juiz natural.

A presunção de inocência é garantia prevista no § 2º, do artigo 8º, com o direito do acusado às mínimas garantias da ampla defesa, em pé de igualdade: de possuir um intérprete, de ter conhecimento da acusação, de ser concedido o tempo e os meios para preparar a defesa, de constituir defensor, de se defender pessoalmente ou de ter um defensor proporcionado pelo Estado, de inquirir as testemunhas e de as arrolar, de não se auto-incriminar e de não produzir prova contra si e o direito ao duplo grau de jurisdição.

A garantia de que a confissão somente será válida se for obtida sem nenhuma coação está prevista no § 3º, do artigo 8º, da Convenção.

- 
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
  - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
  - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
  - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
  - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”

O respeito à coisa julgada e a previsão do *ne bis in idem*, estão previstos no § 4º, do artigo 8º. O princípio da publicidade está disposto no § 5º, do artigo 8º.

Ainda com reflexo no processo penal o artigo 9º prevê o princípio da legalidade e irretroatividade da lei penal. O artigo 10 garante o direito à indenização pela prisão indevida.

De forma semelhante, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos, de 1950, no seu artigo 6º, prevê uma série de garantias processuais aos acusados de crimes. O Brasil está sob a égide da Convenção Americana e, portanto, não serão aqui analisadas as Convenções de Direitos Humanos da Europa, da África ou da Ásia. O importante é registrar que há previsões para um julgamento justo (*fair trial*) em outros sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos.

## 6. DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS TRIBUNAIS MILITARES DE NUREMBERG E DE TÓQUIO

O princípio do processo justo (*fair trial*) é um princípio de direito internacional universalmente aceito, presente em diversos tratados de Direitos Humanos.

A aceitação do princípio do processo justo decorre, em parte, de sua expressa previsão nas regras dos tribunais internacionais realizados em Nuremberg (Alemanha) e Tóquio (Japão), ao término da segunda grande guerra do século XX.

Um breve retrospecto histórico dos documentos internacionais que precederam a criação do Tribunal Militar de Nuremberg e do Extremo Oriente, ajudam a compreender a positivação do princípio do processo justo no direito internacional.

Desde o ano de 1941 os Estados Unidos da América, o Reino Unido e a Rússia, além de outros países aliados, debatiam o que fazer com os criminosos de guerra após a vitória contra a Alemanha, Itália e Japão (países que constituíam o chamado eixo).<sup>81</sup> O presidente dos Estados Unidos da América subscreveu em conjunto com o primeiro ministro do Reino Unido, em 14 agosto de 1941, uma declaração conhecida como *Atlantic Charter*, na qual foram propostos alguns princípios para um futuro melhor para o mundo, entre os quais, o estabelecimento da

---

<sup>81</sup> OVERY, Richard. The Nuremberg trials: international law in the making. *In: From Nuremberg to The Hague: The future of international criminal justice*. Cambridge: Cambridge University press, 2003.

paz e segurança entre as nações, bem como o abandono do uso da força e o estabelecimento de um sistema permanente de segurança internacional.

Em consequência, em 1º de janeiro de 1942, foi assinada, pelos Estados Unidos da América, Reino Unido, União Soviética, China, Austrália, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Cuba, Checoslováquia, República Dominicana, El Salvador, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Índia, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Nicarágua, Noruega, Panamá, Polônia, África do Sul e Jugoslávia, uma declaração chamada de “Declaração das Nações Unidas” (que posteriormente designou a organização internacional), pela qual eram ratificados os princípios estabelecidos pela declaração conhecida como *Atlantic Charter* (de 1941), onde foi delimitado um programa comum de princípios para o mundo. Está destacado naquele documento que a vitória dos aliados sobre o eixo seria essencial para defender a vida, a liberdade, a independência, a liberdade religiosa e a preservação dos direitos humanos e da justiça.<sup>82</sup>

Com a proximidade do fim da guerra e em decorrência das declarações mencionadas, os Estados Unidos da América, o Reino Unido, a União Soviética e a China subscreveram, em outubro de 1943, a declaração da Conferência de Moscou, pela qual foram acordados princípios que deveriam nortear a ordem internacional ao final da guerra, para o estabelecimento de uma organização internacional para a manutenção da paz e da segurança internacionais, para uma política armamentista no pós-guerra etc.

---

<sup>82</sup> O Brasil subscreveu a declaração em 8 de fevereiro de 1943.

Especificamente em relação aos crimes de guerra e às atrocidades cometidas durante a guerra, no corpo da declaração da Conferência de Moscou, foi assinada pelo presidente Roosevelt (EUA), pelo primeiro ministro Winston Churchill (Reino Unido) e pelo premier Stalin (União Soviética), uma declaração que previa, ao final da guerra, o julgamento dos oficiais alemães e os membros do partido nazista. A Conferência de Moscou previa o julgamento para aqueles indivíduos que tinham responsabilidade direta nos crimes ou aqueles que tivessem consentido com as atrocidades, massacres e execuções, nos países ocupados durante a guerra.

Essa mesma declaração constante da Conferência de Moscou previa que os criminosos seriam enviados para os países outrora ocupados, onde praticaram seus crimes, para serem julgados de acordo com a legislação respectiva de cada país. A descentralizada competência para julgamento dos crimes durante o pós-guerra não afastou a possibilidade do julgamento dos criminosos de guerra nos casos em que os crimes não tivessem sido praticados numa localização geográfica específica, por decisão dos governos dos Estados Unidos da América, Reino Unido e União Soviética.

Finalmente, como já era negociado ao longo da guerra, foi subscrito o Acordo de Londres (*London Agreement*), firmado aos 8 de agosto de 1945, pelos Estados Unidos da América, pelo Governo Provisório da França (recém libertada), pelo Reino Unido e pela União Soviética, para instauração do Tribunal de Nuremberg, para julgamento dos mais graves crimes de guerra cujas ofensas não tivessem sido praticadas em uma localização geográfica em particular (específica).

O Acordo de Londres não prejudicou a jurisdição local dos países onde ocorreram os crimes de guerra, para julgar os criminosos de acordo com a legislação de cada país, conforme preceituava a Conferência de Moscou (de 1943).

O Documento Anexo do Tribunal (*Nuremberg Trial Proceedings - Charter of the International Military Tribunal*), era parte integrante do Acordo de Londres (conforme o artigo 2 deste Acordo).

O Tribunal de Nuremberg estabeleceu a punição aos mais graves crimes de guerra, que consistiam nos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (artigo 6 do Anexo).

O Anexo (*Nuremberg Trial Proceedings*) tinha o Capítulo IV (*Fair Trial for Defendants*), consistente no artigo 16, destinado a assegurar o julgamento justo para os acusados.

O artigo 16 do Anexo garantia aos acusados o detalhamento das acusações, garantia uma cópia das acusações e dos documentos no idioma de compreensão do acusado, em tempo razoável antes do julgamento. Garantia o direito a exercer a defesa através de manifestação oral, o direito a exercer sua própria defesa ou de ter um defensor, o direito de fazer prova em sua defesa e de fazer reperguntas às testemunhas.

As garantias do acusado perante o Tribunal de Nuremberg estavam presentes na redação do artigo 16 do Anexo, devendo-se reconhecer sua importância como um inegável avanço do direito internacional.

O Tribunal Militar do Extremo Oriente, conhecido como Tribunal de Tóquio, também assegurava ao acusado o direito ao julgamento justo, previsão do Capítulo III, entre os artigos 9º e 10 do Anexo do Tribunal (*Charter of the International Military Tribunal for the Far East*).

O artigo 9º do Tribunal de Tóquio previa o conhecimento da acusação em seu idioma, além das regras do tribunal. O julgamento deveria ser no idioma inglês e no idioma do acusado, com tradução dos documentos. Previa o direito do acusado de escolher seu defensor e de destituí-lo e o direito de produzir provas.

É possível verificar que, apesar da limitação das garantias aos acusados nos julgamentos dos tribunais militares do pós-guerra em Nuremberg e em Tóquio, a consagração do princípio do julgamento justo (*fair trial*), ou do devido processo legal foi um avanço histórico. Até então, não se tinha notícia de submeter o inimigo vencido no campo de batalha ao julgamento por um tribunal internacional e, ainda, com garantias processuais e com o direito de defesa.

Mesmo que não fossem grandes as chances de êxito na defesa dos acusados perante o Tribunal de Nuremberg, as garantias processuais existiam e evitaram execuções sumárias e prisões arbitrárias. Ocorreram várias absolvições. Reconheceu-se um importante princípio do *jus cogens* internacional. Criou-se uma

importante jurisprudência internacional, de que os inimigos vencidos não podem mais ser simplesmente fuzilados ou enforcados, mas devem ser submetidos a julgamento, obedecendo-se os mínimos princípios internacionais do devido processo legal ou do julgamento justo.

### **6.1. Devido processo legal nos tribunais *ad hoc* para ex-Yugoslávia e Ruanda**

Os tribunais penais internacionais *ad hoc*, estabelecidos pela Organização das Nações Unidas, através do seu Conselho de Segurança, para julgar os crimes internacionais praticados na ex-Yugoslávia (Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993) e para Ruanda (Resolução nº 955, de 8 de novembro de 1994), foram muito importantes para a criação do Tribunal Penal Internacional permanente.

Os trabalhos dos tribunais *ad hoc* ainda estão em andamento e, historicamente, os tribunais da ex-Yugoslávia e de Ruanda estão situados entre a realização dos tribunais militares do pós-guerra, em Nuremberg e Tóquio, e a criação do Tribunal Penal Internacional permanente, a partir do Estatuto de Roma.

A constituição dos dois tribunais *ad hoc*, ao mesmo tempo em que era discutida a criação do Tribunal Penal Internacional permanente, serviu de reforço ao argumento da necessidade de haver uma corte permanente para julgar os indivíduos responsáveis pelos mais graves crimes internacionais.

A constituição de uma corte penal internacional para julgamento de um crime após o seu cometimento, ou seja, após os fatos que serão submetidos a julgamento, pode macular os princípios do juiz natural e da independência e imparcialidade do tribunal.

Essa crítica, da violação do princípio do juiz natural, também havia sido feita há mais de cinquenta anos contra os tribunais militares do pós-guerra. Questionava-se a legitimidade do tribunal constituído após os fatos, o julgamento dos vencidos pelos vencedores.

Não são essas críticas vazias de sentido e nem podem ser desprezadas. São baseadas na garantia fundamental de qualquer pessoa, em ser julgada por um tribunal e por juízes independentes e imparciais, por um júízo constituído antes da ocorrência do suposto crime internacional.

Não obstante as críticas, os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* da Organização das Nações Unidas para ex-Yugoslávia e para Ruanda contemplam, em seus estatutos, o princípio do julgamento justo (*fair trial*), conforme está estabelecido nos tratados internacionais de Direitos Humanos e conforme o *jus cogens* internacional.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia prevê, no seu artigo 21, os direitos do acusado. A previsão do devido processo legal ou do julgamento justo permeia os dispositivos que tratam dos direitos do acusado, também previstos no seu Estatuto.

Além disso, o artigo 20 estabelece que as câmaras de julgamento devem assegurar um julgamento justo e rápido e que os procedimentos sejam conduzidos de acordo com as normas de procedimento e de prova e com total respeito aos direitos do acusado.

O artigo 21, 1, estabelece que todas as pessoas são iguais perante o tribunal. O acusado tem o direito de ser ouvido em julgamento justo e público (artigo 21, 2). O acusado tem a garantia de ser presumido inocente até a prova de sua culpa (artigo 21, 3).

Em resumo, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia previa mínimas garantias ao acusado: de ser informado da acusação em sua língua; possuir o tempo e as facilidades para preparar sua defesa e o direito de escolher o seu defensor; de ser julgado sem demora injustificada; de estar presente em seu julgamento, com o direito de promover sua própria defesa; de ter o defensor de sua escolha sem custo, no caso de não ter meios de pagá-lo; de perguntar às testemunhas e ouvir suas testemunhas nas mesmas condições das demais; de ter assistência de um intérprete no caso de não entender ou falar a língua utilizada no julgamento; de não ser compelido a testemunhar contra si ou de confessar o crime.

Já o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda prevê no seu artigo 20 os direitos do acusado. A previsão do devido processo legal ou do julgamento justo encontra-se ao longo da descrição dos direitos do acusado.

No Tribunal para Ruanda, o artigo 19 estabelece que compete às câmaras de julgamento assegurar um julgamento justo e rápido e que os procedimentos sejam conduzidos de acordo com as normas de procedimento e de prova e com total respeito aos direitos do acusado.

O artigo 20, do Tribunal para Ruanda, consagra o princípio da igualdade perante o tribunal (artigo 20, 1). A presunção de inocência é garantida (artigo 20, 3), assim como o direito do acusado em ser ouvido publicamente, durante um julgamento justo (artigo 20, 2).

Também o artigo 20, 4, prevê diversos direitos ao acusado: de ser informado da acusação em idioma que compreenda; de possuir o tempo e as facilidades para preparar sua defesa e o direito de escolher o seu defensor; de ser julgado sem demora injustificada; de estar presente em seu julgamento, com o direito de promover sua própria defesa; de ter o defensor de sua escolha sem custo, no caso de não ter meios de pagá-lo; de perguntar às testemunhas e de ouvir suas testemunhas nas mesmas condições das demais; de ter assistência de um intérprete no caso de não entender ou falar o idioma utilizado no julgamento; de não ser compelido a testemunhar contra si ou de confessar o crime.

Nota-se um avanço enorme entre as garantias processuais previstas em Nuremberg e Tóquio, e aquelas previstas pelos tribunais *ad hoc* da Organização das Nações Unidas. Veremos adiante que o Estatuto de Roma foi redigido de maneira ainda mais cuidadosa, na busca de proporcionar um julgamento justo (*fair trial*).

## 7. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL NO ESTATUTO DE ROMA

Na Constituição Federal de 1988, os princípios que regem o Direito Penal estão relacionados de maneira intrínseca aos princípios do Direito Processual Penal.

Não é diferente no Estatuto de Roma, onde os princípios de Direito Penal estão ligados àqueles princípios processuais penais.

O Estatuto de Roma reconheceu, em seu Capítulo III,<sup>83</sup> uma série de princípios de Direito Penal que regem o Tribunal Penal Internacional e que estão previstos, de forma similar, em tratados internacionais de Direitos Humanos.

O princípio da responsabilidade criminal individual, o princípio da legalidade e o princípio da anterioridade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*), o princípio da culpabilidade, bem como o princípio do *ne bis in idem*, foram todos incorporados pela redação do Estatuto de Roma (artigos 20, 22, 23 e 25).

Assim também, constam do Estatuto de Roma o princípio pelo qual o Tribunal Penal Internacional só poderá julgar pessoa que praticou os fatos considerados criminosos posteriormente à entrada em vigor do Estatuto (artigo 24) e o princípio da responsabilidade individual (artigo 25).

---

<sup>83</sup> Capítulo III – Princípios Gerais de Direito Penal (artigos 22 a 33).

É importante o registro de que o Tribunal Penal Internacional não terá jurisdição por princípio, expresso no texto, para julgamento de menores de dezoito anos (artigo 26).

O relevante princípio pelo qual o Tribunal Penal Internacional terá competência para julgar qualquer pessoa, independente da qualidade oficial que ostente em seu Estado (artigo 27).<sup>84</sup> Esse relevante princípio afasta as imunidades decorrentes de previsão constitucional (prerrogativa de foro e privilégios).

Existe a previsão da responsabilização dos chefes militares ou superiores hierárquicos daqueles sob sua autoridade que praticaram os crimes internacionais de competência do Tribunal Penal Internacional (artigo 28).

O Tribunal Penal Internacional consagrou, no seu artigo 29, a imprescritibilidade dos crimes de sua competência – crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes de genocídio e de agressão – de acordo com as previsões de tratados de Direitos Humanos.

---

<sup>84</sup> “Artigo 27 – Irrelevância da Qualidade Oficial.

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro do Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça sua jurisdição sobre essa pessoa.”

O princípio que traz a exigência do elemento subjetivo do tipo penal, ou o denominado elemento psicológico, na redação adotada pelo texto do Estatuto de Roma, está presente no artigo 30.<sup>85</sup>

As causas de exclusão da responsabilidade penal estão descritas no artigo 31 do Estatuto de Roma, assim como a previsão da hipótese de erro sobre o fato e erro sobre o direito (artigo 32), e, por fim, as condições pelas quais seria possível a exclusão da responsabilidade penal de pessoa, decorrente de obediência a superior hierárquico (artigo 33).

Não cabe aqui aprofundar o estudo dos princípios de Direito Penal adotados pelo Estatuto de Roma. O que é preciso, antes de analisar os princípios do processo penal, é ter em mente que os mesmos estão relacionados intimamente com os princípios de Direito Penal e devem ser interpretados em conjunto.

---

<sup>85</sup> “Artigo 30 – Elementos Psicológicos.

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:

a) Relativamente a uma conduta, se propuser a adotá-la;

b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser a causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos.

3. Nos termos do presente artigo, entende-se por ‘conhecimento’ a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem natural dos acontecimentos. As expressões ‘ter conhecimento’ e ‘com conhecimento’ deverão ser entendidas em conformidade.”

## 8. SISTEMA ACUSATÓRIO

O Tribunal Penal Internacional adotou um sistema penal acusatório misto, ou seja, um sistema acusatório com elementos inquisitoriais bastante definidos. O sistema concebe todo o processo penal a partir da investigação do procurador e posterior acusação formal perante o Tribunal (artigos 13, 15, 18, 42, 53 e 54, do Estatuto de Roma), mas carrega um forte conteúdo inquisitivo, o que leva à assertiva expressa acima de que seja um sistema acusatório misto, não puro.

Em relação ao sistema adotado pelo Tribunal Penal Internacional, Maria Leonor Assunção assim definiu:

“Sobre o sistema processual que vem desenhado pelas normas penais de natureza adjetiva do Estatuto se pode dizer que corresponde, basicamente, ao modelo de processo garantístico, sucessivamente reflectido em Instrumentos Internacionais como o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e reafirmado nas Conclusões do 15º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro em 1995 que aprovaram as denominadas Recomendações de Toledo. Apresenta uma estrutura predominantemente acusatória, em que avultam os princípios do contraditório e da publicidade da audiência, patenteada pela separação material entre a entidade que julga, e a entidade que investiga, e pela outorga de um poder aos sujeitos processuais, Procurador e arguido de participarem constitutivamente na decisão do caso.”<sup>86</sup>

Para compreender o sistema utilizado pelo Tribunal Penal Internacional recorreremos à constituição do Tribunal Militar de Nuremberg. As discussões que

---

<sup>86</sup> ASSUNÇÃO, Maria Leonor. De como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional certifica um Novo Modelo de Direito Penal. *In*: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Timor e o Direito**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 181.

precederam o Acordo de Londres<sup>87</sup> colocaram de um lado os Estados Unidos da América e o Reino Unido, na defesa do sistema acusatório, e de outro lado a França e a União Soviética que sustentavam que o Tribunal deveria adotar o sistema inquisitório.

Desse conflito de modelos baseados nos sistemas acusatório e inquisitório é que surgiu o modelo adotado pelo Tribunal de Nuremberg, um modelo acusatório com previsões inquisitórias.

O Tribunal de Nuremberg foi um marco no direito internacional e adquiriu relevância no direito consuetudinário internacional, razão pela qual os demais tribunais internacionais mantiveram o modelo com características predominantes do sistema acusatório com marcadas posturas do sistema inquisitório.

O procurador do Tribunal Penal Internacional é o titular da ação penal, nos termos do artigo 42, 1, do Estatuto de Roma, e atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo, competindo-lhe investigar os crimes e exercer a ação penal. No entanto, como já dito, o Estatuto apresenta uma série de previsões de natureza inquisitória.

A figura do procurador perante o Tribunal tem a condição de um verdadeiro órgão de justiça, além de parte. O procurador tem um poder discricionário relevante

---

<sup>87</sup> Acordo de Londres (*London Agreement*), firmado aos 8 de agosto de 1945, pelos Estados Unidos da América, pelo Governo Provisório da França, pelo Reino Unido e pela União Soviética.

e está encarregado de “estabelecer a verdade dos fatos” (artigo 54, 1). Tem o ônus de investigar circunstâncias que incriminem o acusado ou que o exonerem de culpa.

Esse grande poder conferido ao procurador, de ser acusador e de ser um órgão de justiça, é outro sinal de influência inquisitória. Nesse aspecto o procurador atua quase como um magistrado.

O procurador efetuará a investigação recorrendo aos Estados-parte, com pedidos de cooperação judicial levadas adiante pelo Juízo de Instrução.

O Tribunal Penal Internacional se divide em três seções judiciais, a Seção de Recursos (*Appeals Division*), a Seção de Julgamento em Primeira Instância (*Trial Division*) e a Seção de Instrução (*Pre-Trial Division*).

A última seção, do Juízo de Instrução, atua no sentido de autorizar e monitorar as investigações do procurador e para assegurar os direitos dos acusados, com o cumprimento das normas processuais. O Juízo de Instrução e o Juízo de Julgamento têm uma série de medidas passíveis de serem tomadas de ofício, sem requerimento das partes, o que também é característica do sistema inquisitório.

Como adverte Antonio Casesse,<sup>88</sup> nenhum sistema penal é puro em lugar nenhum do mundo, seja o acusatório, seja o inquisitório. Há uma série de influências de um sistema sobre o outro, bastante conhecidas no Brasil. O processo penal brasileiro, a partir da Constituição de 1988, de modelo acusatório, não consegue se

---

<sup>88</sup> CASSESE, Antônio. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 365.

livrar de práticas inquisitórias previstas na lei processual penal. O Brasil é um bom exemplo de como nenhum modelo de sistema penal é puro.

## 9. DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTATUTO DE ROMA (*FAIR TRIAL*)

O princípio do devido processo legal está presente no Estatuto de Roma através do princípio do *fair trial* ou julgamento justo.<sup>89</sup>

Como constata Antonio Cassese,<sup>90</sup> no direito internacional não existiam normas gerais de direito processual para os processos criminais internacionais, além dos princípios. E, muito provavelmente, a atividade judicial dos tribunais *ad hoc* da Organização das Nações Unidas e do Tribunal Penal Internacional fará com que essas normas gerais do processo se estabeleçam e sejam amplamente aceitas.

Antonio Cassese encontra as bases das regras do processo penal dos tribunais internacionais nos princípios de Direitos Humanos previstos nos tratados internacionais, tais como: a presunção de inocência; o direito de ser julgado perante um Tribunal independente e imparcial; o princípio do julgamento justo e em tempo razoável; o princípio pelo qual deve o acusado estar presente ao julgamento (proibição do julgamento à revelia).<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Utilizamos a expressão julgamento justo ao invés de julgamento eqüitativo, que consta das traduções oficiais.

<sup>90</sup> CASSESE, 2003, p. 389.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 389.

O direito ao julgamento justo ou *fair trial*, previsto nos diversos tratados internacionais de Direitos Humanos e no Estatuto de Roma, está estritamente ligado ao princípio do devido processo legal, segundo Salvatore Zappalà:<sup>92</sup>

“Como é sabido, o direito ao julgamento justo está estreitamente ligado ao conceito do devido processo legal e suas origens remontam à Magna Carta (1215).”<sup>93</sup>

O princípio do julgamento justo ou do devido processo legal, no direito internacional, está hoje mais desenvolvido e é sempre observado na elaboração dos tratados internacionais.

André de Carvalho Ramos reconhece a presença do devido processo legal no Estatuto de Roma ao afirmar que:

“[...] tais regras demonstram também a preocupação da comunidade internacional pelo estabelecimento de um *due process of law*, que possibilitaria a adequada investigação, processamento e condenação dos responsáveis pelos atos odiosos descritos como crimes no próprio Estatuto.”<sup>94</sup>

A necessária identidade entre os princípios do *fair trial* e do *due process of law* não pode ser diminuída ou subestimada no estudo do Estatuto de Roma.

No Estatuto de Roma a expressão *due process* é expressamente utilizada, no original em inglês do Estatuto de Roma, no artigo 12, 2, e no artigo 20, 3, que se

---

<sup>92</sup> ZAPPALÀ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3.

<sup>93</sup> Tradução livre, feita pelo autor, do original: “As is well Known, the right to a fair trial is strictly connected to the concept of due process of law and can be traced back to the Magna Carta (1215)”.

<sup>94</sup> RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 254.

referem, respectivamente, às questões de admissibilidade do julgamento e ao princípio do *ne bis in idem*. Nas duas oportunidades em que é empregado o termo *due process*, ele é vinculado ao princípio do devido processo legal reconhecido no direito internacional.<sup>95</sup>

Já a expressão *fair trial*, do original em inglês, pode ser encontrada em diversas previsões do Estatuto de Roma.<sup>96</sup>

A utilização do princípio do julgamento justo (*fair trial*) ao lado do devido processo legal (*due process of law*) é necessária aos processos criminais dos tribunais internacionais como observância das garantias processuais previstas nos tratados de Direitos Humanos.

Salvatore Zappalà justifica a extensão das garantias dos tratados de Direitos Humanos e do devido processo legal aos processos dos tribunais penais internacionais por dois motivos: o primeiro, porque o devido processo legal é a proteção individual fundamental do acusado, até em períodos de guerra; o segundo, porque a extensão do devido processo legal aos julgamentos de tribunais internacionais permite que os Estados possam cooperar com o Tribunal internacional

---

<sup>95</sup> “Article 17 – Issues of admissibility.

[...]

2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of following exist, as applicable:[...]”.

“Article 20 – Ne bis in idem [...]

3. [...]

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with a intent to bring the person concerned to justice”.

<sup>96</sup> Artigos: 64, 2; 64, 3, ‘a’; 64, 8, ‘b’; 67, 1; 68, 1; 68, 3; 68, 5; 69, 4; 82, 1, ‘d’.

sem estarem descuidando de suas obrigações internacionalmente assumidas perante os tratados internacionais de direitos humanos.<sup>97</sup>

O próprio Estatuto, no seu artigo 21, 3, estabelece que como regra de aplicação e interpretação do direito “deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Esse dispositivo atribui aos magistrados a obrigação de interpretar as disposições do Estatuto de Roma e de suas Normas de Procedimento e de Prova de acordo com as previsões dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Salvatore Zappalà<sup>98</sup> registra seu entendimento de que a obediência às garantias dos tratados de Direitos Humanos é, além de jurídica, como não poderia deixar de ser, uma questão política:

“Em todo caso, o ponto de partida adotado neste livro é que é mais um assunto político do que uma questão legal. E a escolha política tem sido feita em favor de uma extensão, aos procedimentos penais internacionais, das provisões de direitos humanos constantes do devido processo legal. Esta escolha deve assegurar, desde os Estatutos e as Normas de Procedimento e de Prova dos dois tribunais *ad hoc* e do Tribunal Penal Internacional permanente, o absoluto respeito ao direito a um julgamento justo e aos demais direitos individuais garantidos internacionalmente.”<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> ZAPPALÀ, 2003, p. 5-6.

<sup>98</sup> ZAPPALÀ, 2003, p. 7.

<sup>99</sup> Tradução livre, feita pelo autor, do original: “In any case the starting point adopted in this book is that is more a policy issue than a legal question. And the policy choice has been made in favour of an extension to international criminal proceedings of international human rights provisions on due process. This choice must be taken for granted, since the Statutes and the Rules of Procedure and Evidence of both the two *ad hoc* Tribunals and the ICC impose full respect for the right to a fair trial and other internationally protected rights of individuals.”.

André de Carvalho Ramos anota a aplicação em conjunto dos princípios dos tratados internacionais dos Direitos Humanos com aqueles do Estatuto de Roma:

“Com efeito, tanto as Convenções europeia e americana de direitos humanos quanto o Estatuto de Roma consagram o devido processo legal e as garantias da imparcialidade e independência, aptas a fornecer Justiça.”<sup>100</sup>

Reconhecendo que os tratados internacionais são vinculativos ao legislador interno dos países, até mesmo ao legislador constitucional, como afirma Joaquim José Gomes Canotilho (item 2.2, *supra*), e adotando o entendimento de que os princípios dos tratados de Direitos Humanos internacionalmente firmados são vinculativos ao Estatuto de Roma, é possível concluir que o princípio do devido processo legal nada mais é que o chamado princípio do julgamento justo (*fair trial*).

Existem aspectos do Tribunal Penal Internacional que são específicos de uma corte de justiça internacional, que reúne dezenas de países com diferentes culturas e legislações processuais penais. Este trabalho também procura enfrentar o problema da compatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição brasileira em seus aspectos processuais.

A conclusão de que o princípio do julgamento justo (*fair trial*) do Tribunal Penal Internacional é o nosso devido processo legal decorre, ainda, de uma série de princípios do processo penal constantes do Estatuto de Roma e que integram o nosso sistema processual penal e fazem parte do devido processo legal.

---

<sup>100</sup> RAMOS, 2000, p. 355.

Ao analisarmos individualmente ou em conjunto os princípios processuais penais do Estatuto de Roma, verificamos que são compatíveis com princípios processuais da nossa Constituição.

## 10. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Estatuto de Roma estabelece expressamente, no seu artigo 66, o princípio da presunção de inocência.<sup>101</sup>

A presunção de inocência tem outras manifestações e conseqüências, como o direito de aguardar o julgamento em liberdade, o direito do acusado de ser preso separadamente daqueles já condenados, o direito ao silêncio antes e depois de iniciado o julgamento, conforme anotou William A. Schabas.<sup>102</sup>

A presunção de inocência deve ser interpretada no sentido de ser estendida ao mero suspeito, ou investigado.

Diante da notícia de um crime de competência do Tribunal Penal Internacional, o procurador deve submeter ao Juízo de Instrução um pedido para que possa instaurar uma investigação. A presunção de inocência deve se impor até diante da notícia de crime e diante do pedido de investigação formulado pelo procurador. O princípio da presunção de inocência não está previsto apenas para aquele formalmente acusado perante o Tribunal, mas se refere àquele condenado

---

<sup>101</sup> “Artigo 66 – Presunção de inocência.

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.

2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.

3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.”

<sup>102</sup> SCHABAS, William A. **An Introduction to the international criminal court**. Cambridge: Cambridge University press, 2001, p. 76.

ainda não julgado definitivamente. A presunção de inocência se endereça a todos os atores do processo penal perante o Tribunal, que devem atentar para sua observância.

A presunção de inocência deve ser respeitada até pela forma de exposição do caso externamente, ou seja, perante a comunidade internacional e a mídia. Não é possível a exposição irresponsável de um caso em andamento, ou de um acusado de um caso *sub judice*, sem levar em conta o fato de que o caso e o indivíduo ainda não foram julgados.

O Tribunal Penal Internacional deverá fazer o possível para que o respeito ao princípio da presunção de inocência seja observado por terceiros. O Tribunal deverá fazer o possível para prevenir que manifestações da mídia ou de organizações não-governamentais (ONG) se tornem campanhas de exigência de condenação aos indivíduos acusados perante ele.

O procurador e os membros de seu gabinete têm a obrigação de respeitar a presunção de inocência (respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas, artigo 54, 1, 'c', do Estatuto) e devem agir dentro da investidura que o Estatuto lhes confere, sem estimular pré-julgamentos interna ou externamente.

O artigo 65 do Estatuto prevê o procedimento em caso de confissão do acusado, sendo que o Juízo de Julgamento em Primeira Instância deverá verificar, por exemplo, a existência de provas dos fatos que corroborem a confissão, entre

outras disposições capazes de garantir um julgamento justo. Não basta a mera confissão para decidir o caso.

### **10.1. Direito ao silêncio**

Obviamente, diante do princípio do julgamento justo, ou do devido processo legal, e diante do princípio da presunção de inocência, é direito do acusado permanecer em silêncio.

O direito ao silêncio não é só decorrência dos princípios adotados pelo Estatuto, mas também por estar expressamente assegurado no artigo 67, 1, 'g', ao determinar que o acusado não será "obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação de sua culpa ou inocência".

No curso da investigação perante o Tribunal todas as pessoas têm o direito ao silêncio. O direito ao silêncio pode ser exercido antes do julgamento perante o Juízo de Julgamento de 1ª Instância.

O Estatuto de Roma estabelece os direitos das pessoas no decurso do inquérito, entre os quais está o de que "nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada" (artigo 55, 1, 'b').

No caso de alguém ser interrogado pelo procurador no curso da investigação, deverá tal pessoa ser informada de que tem o direito a “guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência” (artigo 55, 2, ‘b’).

Surge a importante questão relativa à testemunha que possa, em seu depoimento, incriminar a si própria. Poderia ela permanecer em silêncio diante do compromisso que faz de dizer a verdade, já que o artigo 70 do Estatuto prevê expressamente o crime de falso testemunho? A resposta é afirmativa e há previsão expressa nas Regras de Procedimento e de Prova do Tribunal em relação a isso. A regra 74, 3, ‘a’, das Regras de Procedimento e de Prova, prevê que a testemunha pode se recusar a prestar qualquer depoimento que possa incriminá-la.<sup>103</sup>

Esse direito ao silêncio, do acusado ou daqueles que possam ser acusados perante o Tribunal Penal Internacional, é absoluto. Não pode ser considerado em desfavor do acusado, que não tem o dever de colaborar com o Tribunal, nem pode ser considerado culpado por isso, ao mesmo tempo em que o silêncio da testemunha é possível na medida em que a mesma tem o direito a não auto-incriminação.

---

<sup>103</sup> AMBOS, Kai, O direito à não-auto-incriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *In: Revista de Estudos Criminais*, nº 8. Porto Alegre: NOTADEZ/PUCRS/ITEC, 2003, p. 69.

## 10.2. Ônus da prova

O ônus da prova é da acusação. Essa disposição também é decorrência do princípio da presunção de inocência e do julgamento justo (*fair trial*). Sua previsão está expressamente consagrada no artigo 66, 2, do Estatuto de Roma, que estabelece que “incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado”.

Do princípio acusatório e do princípio de que o ônus da prova cabe à acusação decorre a previsão do artigo 67, 1, ‘i’, que veda a possibilidade de inversão do ônus da prova, como uma das garantias mínimas ao acusado.

## 10.3. Prova da culpa de acordo com a lei e além de uma dúvida razoável

O artigo 66, 3, estabelece que o Tribunal Penal Internacional, para proferir sentença condenatória, “deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”.

Trata-se de previsão inspirada no princípio da razoabilidade, dos sistemas do *Common Law*, com origem no constitucionalismo norte-americano e no princípio do

*due process of law*.<sup>104</sup> Não se trata de exigir a ausência de qualquer dúvida para a condenação, mas que essa dúvida não seja insuperável.

Para satisfação do princípio da razoabilidade, deve-se verificar, pela ordem, a razoabilidade interna da norma a ser aplicada, ou seja, se há uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins da norma; a razoabilidade externa da norma, ou seja, sua adequação aos meios e fins preconizados pela lei maior (Constituição); a necessidade ou exigibilidade da aplicação da norma diante dos fatos tratados, ou seja, se não há meio menos gravoso para atingir os fins visados; e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a ponderação entre o ônus e o benefício da aplicação daquela norma, para constatar se a medida é legítima.<sup>105</sup>

A necessidade da prova da culpa de acordo com a lei e além de uma dúvida razoável, em outras palavras, trata-se de exigir do aplicador da lei penal que a sua decisão faça referência às evidências submetidas a julgamento, afirmando o porquê de sua decisão e se a mesma está de acordo com a lei, além de verificar se foram observados os ritos processuais exigidos.

---

<sup>104</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 154.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 156-157.

## **11. INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO TRIBUNAL**

O primeiro aspecto relacionado à garantia de julgamento por um tribunal imparcial e independente se refere à independência e imparcialidade da instituição.

O artigo 67, 1, do Estatuto de Roma, que dispõe sobre os direitos do acusado, estipula que o acusado tem o direito “a uma audiência conduzida de forma eqüitativa e imparcial”.

O próprio Preâmbulo do Estatuto de Roma estabelece a independência do Tribunal Penal Internacional, que tem caráter permanente.

O artigo 1º do Estatuto de Roma confere ao Tribunal a condição de uma instituição permanente, regida pelo próprio Estatuto. O Tribunal Penal Internacional é independente e se submete às normas do próprio Estatuto de Roma e de nenhum outro organismo ou legislação.

O artigo 2º do Estatuto de Roma estabelece que as relações do Tribunal Penal Internacional com a Organização das Nações Unidas serão estabelecidas através de acordo. Não há, portanto, subordinação de um organismo internacional a outro.

Aqui vale ressaltar a previsão do artigo 16 do Estatuto que permite o adiamento, por doze meses, renováveis, da investigação ou de procedimento criminal do Tribunal a partir de solicitação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

A previsão do artigo 16 impõe um limite objetivo à atuação do tribunal e fere, inegavelmente, sua independência perante a comunidade internacional. Por uma Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas pode ser adiado uma investigação ou um processo perante o Tribunal Penal Internacional. Este ficará impedido de exercer a sua jurisdição pelo prazo de doze meses, renovável, até o transcurso do prazo.

José Francisco Rezek sustenta que, diante do enorme poder conferido ao Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma, justificar-se-ia a previsão do artigo 16:

“A tanto rigor científico e tão evidente isenção e independência algo deveria servir de contrapeso, em termos realistas, neste momento da história. Assim é que o estatuto dá ao Conselho de Segurança das Nações Unidas o poder de mandar ‘suspender’ por um ano, prorrogável tantas vezes quantas queira, qualquer processo em curso no tribunal, com base no capítulo VII da Carta – ou seja, quando entender que a continuidade imediata do processo representa uma ameaça à paz...”<sup>106</sup>

Politicamente, esse aspecto da limitação da atuação do Tribunal Penal Internacional, em face do artigo 16 do Estatuto de Roma, é relevante porque dos

---

<sup>106</sup> REZEK, 2002, p. 150.

cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, apenas a França e a Inglaterra aderiram ao Tribunal. Os Estados Unidos da América, a Rússia e a China não aderiram, não fazem parte do Tribunal e mesmo assim poderão obstar o julgamento de determinado caso.

O Estatuto de Roma pode ser alterado pela Assembléia dos Estados-parte. Haverá uma conferência específica para sua revisão após sete anos, nos termos do artigo 123. Essa oportunidade poderá determinar a modificação do artigo 16, o que seria benéfico para garantir a independência do Tribunal.

Se no aspecto político, de independência do Tribunal Penal Internacional, a situação causada pelo artigo 16 do Estatuto de Roma é um problema, no aspecto de garantia do indivíduo submetido a julgamento, a redação artigo 16 não interfere em nada. Não há ingerência do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas em relação à atuação do Tribunal. O Conselho de Segurança pode adiar o julgamento, mas não pode substituir o Tribunal Penal Internacional.

O fato de o Tribunal Penal Internacional ser permanente, de estar em funcionamento e de ser constituído de juízes investidos nas funções antes dos fatos, é mais uma demonstração inequívoca de sua independência.

O artigo 4º do Estatuto de Roma confere ao Tribunal Penal Internacional personalidade jurídica internacional, com capacidade jurídica própria.

O parágrafo décimo do Preâmbulo<sup>107</sup> e o artigo 1º<sup>108</sup>, ambos do Estatuto de Roma, estabelecem que a competência do Tribunal Penal Internacional será complementar às jurisdições penais dos Estados. Tais dispositivos não ferem a garantia de um tribunal independente, já que é o Tribunal Penal Internacional que decide a sua atuação, respeitando a jurisdição do Estado quando este a exercer satisfatoriamente. O Estado, por sua vez, não interfere na independência do Tribunal.

No território dos Estados-parte, o Tribunal Penal Internacional gozará dos privilégios e imunidades que sejam necessários ao cumprimento de suas funções, nos termos do artigo 48 do Estatuto.

É importante considerar que a falta de independência ou imparcialidade de um tribunal de um Estado-parte no julgamento dos mais graves crimes internacionais pode conferir a competência para o Tribunal Penal Internacional, o que se justifica por não haver na jurisdição doméstica, originária, a capacidade de cumprir a sua função.

Essa questão, relacionada ao conflito positivo de competência, deve ser estudada com maior profundidade, pois, seguramente, haverá a ocorrência de conflitos entre tribunais de jurisdição doméstica e o Tribunal Penal Internacional, o que deverá acontecer até com certa regularidade.

---

<sup>107</sup> “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições nacionais.”

<sup>108</sup> “[...] será complementar às jurisdições penais nacionais.”

### **11.1. Independência e imparcialidade dos juízes**

O segundo aspecto relacionado à garantia de julgamento por um tribunal imparcial e independente se refere à independência e imparcialidade dos juízes que compõem a instituição.

É fundamental para a independência e imparcialidade do Tribunal Penal Internacional que tais garantias sejam atribuídas aos seus magistrados.

O artigo 35 do Estatuto de Roma determina que os juízes do Tribunal deverão exercer suas funções com exclusividade, mas existe a possibilidade no Estatuto de haver juízes sem exclusividade, em virtude da quantidade de trabalho do Tribunal (artigo 35, 3).

Aos juízes que compõem a presidência do Tribunal Penal Internacional não será possível exercer qualquer outra atividade, por terem esses magistrados as funções em caráter de exclusividade (artigo 35, 2).

A exclusividade na atuação do juiz é garantia de sua independência, sendo vedadas outras formas de subordinação ou de remuneração da pessoa investida na função de magistrado.

O Estatuto de Roma estipula no seu artigo 36 a maneira de qualificação, candidatura e eleição dos juízes do Tribunal, que é originariamente composto de 18 magistrados (artigo 36, 1).

São exigências para candidatura a juiz do Tribunal: idoneidade moral, imparcialidade e integridade dos candidatos (artigo 36, 3, 'a'); reconhecida competência em Direito Penal e Direito Processual Penal e experiência como juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante (artigo 36, 3, 'b', 'i'); competência em matérias relevantes de direito internacional, tais como direito humanitário e Direitos Humanos (artigo 36, 3, 'b', 'ii').

A apresentação das candidaturas a juiz do Tribunal Penal Internacional é atribuição dos Estados-parte, sendo possível apenas uma candidatura por Estado (artigo 36, 4).

A eleição dos juízes é competência da Assembléia Geral dos Estados-parte, reunida para tal finalidade (artigo 36, 6).

Entre outros dispositivos, vale ressaltar que a seleção de juízes deve ponderar a necessidade de assegurar, na composição do Tribunal Penal Internacional, a presença de representantes dos principais sistemas jurídicos do mundo, representação geográfica eqüitativa, representação justa de juízes do sexo feminino e masculino (artigo 36, 8), além de que os mandatos dos juízes sejam fixos (artigo 36, 9).

A independência dos juízes é garantida pelo artigo 40 do Estatuto de Roma. O artigo 41 do Estatuto de Roma prevê as hipóteses de impedimento ou desqualificação dos juízes. A desqualificação pode ser decidida pela maioria absoluta dos juízes que o integram, quando seja posta em dúvida a imparcialidade do magistrado.

Os magistrados, antes de assumir suas funções, declararão em compromisso solene que as exercerão com imparcialidade e conscienciosamente (artigo 45).

No território dos Estados-parte, os juízes, bem como o procurador, gozarão dos privilégios e imunidades que desfruta o próprio Tribunal Penal Internacional, desde que sejam necessários ao exercício de suas funções (artigo 48).

Os juízes do Tribunal Penal Internacional têm a garantia da irredutibilidade de vencimentos (artigo 49).

O Tribunal Penal Internacional é dividido em três seções (ou câmaras)<sup>109</sup> – a Seção de Recursos (*Appeals Division*), a Seção de Julgamento em Primeira Instância (*Trial Division*) e a Seção de Instrução (*Pre-Trial Division*).

Há disposição expressa no Estatuto de Roma para que os juízes da Seção de Recursos atuem com exclusividade nessa seção por todo o seu mandato (artigo 39, 4). Os demais juízes poderão atuar na Seção de Julgamento em Primeira Instância e Seção de Instrução, mas o Estatuto veta a possibilidade de o juiz que fez parte do

---

<sup>109</sup> Artigo 34, 'b'.

Juízo de Instrução de determinado caso, na Seção de Instrução, faça parte do julgamento do mesmo caso na Seção de Julgamento.

Tais previsões do Estatuto de Roma, que descem às minúcias em alguns casos, mostram a sua preocupação com a preservação da imparcialidade dos julgadores.

## 12. JULGAMENTO JUSTO E EM TEMPO RAZOÁVEL

O princípio do julgamento justo (*fair trial*)<sup>110</sup> no Tribunal Penal Internacional nada mais é do que o princípio do devido processo legal (*due process of law*).

A previsão de que o julgamento deve ocorrer em tempo razoável, que já constava em tratados internacionais de Direitos Humanos e no próprio Estatuto de Roma, foi inserida no texto constitucional brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, conferindo “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Antonio Cassese registra que o direito a um julgamento justo (*fair trial*), tornou-se uma categoria de normas de costumes do direito internacional, não podendo mais ser derogada por nenhum tratado internacional, uma vez que o princípio adquiriu a condição de *jus cogens*.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> O texto do Estatuto de Roma traduzido para o português, encontrado nos repositórios oficiais, refere-se ao princípio do *fair trial*, do original em inglês, como “julgamento eqüitativo”. Neste trabalho, utilizamos a expressão “julgamento justo” ao invés de “julgamento eqüitativo” por entender que a primeira expressão é mais didática.

<sup>111</sup> CASSESE, 2003, p. 395.

O Estatuto de Roma, no seu artigo 67, prevê expressamente como um dos direitos do acusado o de ser ouvido em audiência pública conduzida de forma eqüitativa e imparcial.

Ainda no rol dos direitos do acusado (artigo 67), o Estatuto de Roma desfila uma série de garantias, que são a expressão do princípio do julgamento justo (*fair trial*) ou do devido processo legal que nós conhecemos. Entre os direitos está o contido no artigo 67, 1, 'c', que prevê ao acusado o direito de ser julgado sem atrasos indevidos.

Esse direito é inerente ao próprio julgamento justo. A celeridade do julgamento, desde que não seja impedimento à realização da defesa do réu e, portanto, de interesse da justiça, é totalmente desejável.

É indissociável do princípio do julgamento justo ou do devido processo legal a perpetuação de um processo sem o seu desfecho, sem seu desenlace, até mesmo porque perante o Tribunal Penal Internacional não há julgamento à revelia.

A regra no Tribunal Penal Internacional, pela experiência dos demais tribunais internacionais, é de que o acusado permaneça preso para aguardar o julgamento, que depende, repita-se, da presença do mesmo para ocorrer. Tal necessidade, da prisão cautelar, decorre das especificidades de uma corte penal internacional de âmbito global.

Nesse aspecto é importante lembrar que o Tribunal Penal Internacional não é uma justiça para a massa da criminalidade. Tem sua competência restrita e será uma corte para poucos casos. Na maioria das vezes, deverão ser submetidas a julgamento pessoas de importância em seus respectivos Estados, como chefes de Estado, chefes de governo, ministros, militares de alta patente, chefes de grupos políticos ou para-militares. Essas pessoas têm grande influência na sociedade em que vivem e possuem meios materiais para fuga, ou para dificultar a aplicação da lei penal internacional.

A precariedade ou ausência de provas da culpabilidade dos réus ou até mesmo da ocorrência da prática do crime, o aguardo de diligências intermináveis, talvez buscadas através da cooperação judicial entre o Tribunal e algum Estado-parte, não poderão obstar a célere realização da justiça e encaminhamento do processo, mormente quando alguém estiver preso.

Não se coaduna com o ideal de justiça buscado pelo Tribunal, a submissão de um acusado ao cárcere por tempo acima do razoável para uma decisão. A falta ou ausência de provas deve levar à improcedência da ação penal e não à repetição de provas na busca de uma condenação a qualquer preço.

### 13. DIREITOS DO ACUSADO PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Há um extenso rol de direitos do acusado perante o tribunal no artigo 67 do Estatuto de Roma.

O princípio do julgamento justo, verdadeiro *jus cogens* do direito internacional contemporâneo, como vimos anteriormente, está expressamente previsto na redação do artigo 67, 1.

A leitura do conjunto de dispositivos tratados no artigo 67 reitera o entendimento de que o julgamento justo significa o devido processo legal para o Tribunal Penal Internacional. Os dispositivos a seguir apreciados são todos eles verdadeiras faces do princípio do julgamento justo (*fair trial*).

Está presente o direito de citação, ou direito à informação sobre a acusação (artigo 67, 1, 'a'), que é o direito de saber o conteúdo da acusação, dos fatos imputados.

O direito de o acusado ter o tempo necessário para preparação da sua defesa e de entrevistar-se com o defensor livre e confidencialmente (artigo 67, 1, 'b'), também está presente e é indispensável para o exercício da ampla defesa.

É prevista a presença física do acusado, com o direito de estar presente na audiência para realizar sua defesa, estão garantidos o direito de auto-defesa ou da escolha do próprio defensor e o direito da gratuidade da defesa (artigos 67, 1, 'd').

A presença do acusado no julgamento pode ser evitada apenas quando houver perturbação da audiência, com a retirada do mesmo da sala, mas ainda nessa hipótese, é possível ao acusado o acompanhamento do julgamento, com a utilização dos meios eletrônicos de videoconferência (artigo 63, 2).

Outro aspecto que merece referência é o direito à auto-defesa do acusado. O Estatuto garante tal direito, mas o limita ao possibilitar a nomeação de um defensor quando assim for do "interesse da justiça". Dessa forma, para a garantia da ampla defesa, de interesse da justiça, será designado ao acusado um defensor para realização da defesa técnica.

O acusado tem o direito de fazer reperguntas às testemunhas, o direito de arrolar testemunhas, o direito de produzir provas (artigo 67, 1, 'e').

É previsto o direito a um intérprete e aos documentos do processo traduzidos (artigo 67, 1, 'f'). O Tribunal Penal Internacional é composto por pessoas de diversas nacionalidades e possui mais de um idioma de trabalho. Os casos podem ter testemunhas de várias nacionalidades e de vários idiomas diferentes daquele utilizado pelo acusado. Os documentos podem estar escritos em muitos idiomas diferentes. Essa previsão, de tradução dos depoimentos e dos documentos, é mais uma face do direito à informação para o exercício da ampla defesa.

O acusado tem o direito a não auto-incriminação e o direito ao silêncio (artigo 67, 1, 'g'). Não pode o acusado ser compelido a produzir prova contra si, nem o seu silêncio pode ser interpretado em seu desfavor. São direitos elementares do princípio do devido processo legal, que estão previstos por tratados internacionais de Direitos Humanos.

O acusado tem o direito de não ter que provar a sua inocência, já que o ônus da prova é da acusação e não pode ser invertido (artigo 67, 1, 'i').

Há a previsão de que o procurador deverá expor à defesa qualquer prova que tenha em seu poder e que possa revelar a inocência do acusado, ou ainda, que possa atenuar a sua culpa ou ainda colocar em dúvida as provas da acusação (artigo 67, 2).

O sistema acusatório adotado pelo Tribunal Penal Internacional não é puro e contém disposições do sistema inquisitório, atribuindo ao órgão acusador grande dose de discricionariedade e um compromisso com a realização da justiça.

A postura do procurador deve ser de absoluto compromisso com a realização da justiça e não com a acusação. A previsão do artigo 67, 2, é expressão do grande poder investido na figura do procurador, que deve levar ao conhecimento da parte adversa as provas que a ela servem, sempre que as obtiver.

Esses direitos previstos no artigo 67 do Estatuto de Roma são verdadeiras garantias processuais, que não se esgotam na fase da investigação, do contraditório ou do julgamento de primeira instância, mas se estendem da fase inquisitorial até a execução da pena.

Há outros dispositivos processuais dispersos por todo o Estatuto que também dizem respeito aos direitos do acusado, à garantia de um julgamento justo, e todos eles devem ser interpretados complementarmente, sob a égide do princípio do *fair trial*.

#### **14. PROVA OBTIDA COM VIOLAÇÃO AO ESTATUTO OU AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS**

Não são admitidas as provas obtidas com violação do Estatuto ou dos tratados de Direitos Humanos (artigo 69, 6). Esse dispositivo é correlato àquele que se constitui na vedação das provas ilícitas,<sup>112</sup> tomando-se, como parâmetro de legalidade, as normas do Estatuto de Roma e aquelas presentes nos tratados internacionais de Direitos Humanos. As provas obtidas mediante tortura, por exemplo, jamais serão admitidas perante o Tribunal.

O sistema adotado pelo Tribunal Penal Internacional não é acusatório puro, nem é inquisitório, e confere aos juízes e ao procurador grande margem de discricionariedade. Na apreciação das provas, o Tribunal tomará, a todo instante, decisões sobre a admissão das provas, mas tendo sempre em vista o princípio do julgamento justo (artigo 69, 4).

---

<sup>112</sup> A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, inciso LVI, que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

## 15. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O Tribunal Penal Internacional prevê ao acusado o duplo grau de jurisdição, ou seja, a apelação e revisão da decisão, nos termos do Capítulo VIII do Estatuto de Roma.

O artigo 81 prevê o recurso de apelação da sentença do Juízo de Julgamento. Essa apelação pode ser interposta pelo procurador ou pelo acusado para condenar ou absolver o acusado ou para modificar a pena aplicada.

O procurador só poderá apelar sob três fundamentos: por vício processual; por erro de fato; ou por erro de direito (artigo 81, 1, 'a').

A defesa poderá apelar sob os mesmos três fundamentos, do vício processual, do erro de fato ou do erro de direito, e, ainda, por “qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença” (artigo 81, 1, 'b'). Essa última hipótese para o recurso de apelação é possível apenas para a defesa e alarga os limites recursais para todas as hipóteses, até para novo julgamento de mérito, em consonância com o princípio da ampla defesa.

O procurador pode ingressar com apelo fundado por “qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença”,

desde que seja no interesse da defesa. Mais uma vez a figura do procurador como órgão de justiça do Tribunal está presente, ao possibilitar ao acusador requerer do tribunal uma solução mais favorável ao acusado.

A outra hipótese de apelação é em relação à pena aplicada. O condenado e o procurador podem apelar invocando a desproporção entre a pena aplicada e o crime cometido (artigo 81, 2).

O acusado deverá aguardar o julgamento do recurso em prisão preventiva, salvo decisão em contrário (artigo 81, 3, 'a'). O acusado deve ser posto em liberdade imediatamente após a decretação da sua absolvição (artigo 81, 3, 'c'), mas há dispositivo excepcional pelo qual o procurador poderá requerer a prisão preventiva para o acusado absolvido (artigo 81, 3, 'c', 'i').

Quando o condenado tiver respondido em liberdade ao processo, a execução da pena ficará suspensa até o julgamento do recurso (artigo 81, 4).

De decisões interlocutórias, é possível às partes recorrer, nos termos do artigo 82.

Na hipótese da apelação ter sido interposta pelo condenado ou pelo procurador no interesse do condenado, última hipótese do recurso da defesa (artigo 81, 1, b), as penas fixadas não poderão ser aumentadas (artigo 83, 2, 'b').

Os acórdãos podem ser tirados por maioria de votos e serão proferidos em sessões públicas (artigo 83, 5).

A revisão da sentença condenatória é cabível quando houver a descoberta de novos elementos de prova, ou houver a descoberta de falsidade de elementos da prova apreciada no julgamento anterior, ou quando um dos juízes que tiver participado do julgamento tenha praticado atos de conduta reprovável que determinaram a cessação de suas funções (artigo 84).

Há no Capítulo VIII, dos Recursos, a previsão de reparação para quem tiver sido objeto de detenção ou prisão ilegal (artigo 85).

## 16. ACESSO À JUSTIÇA INTERNACIONAL

O acesso à justiça penal internacional deve ser considerado sob dois ângulos fundamentais: a) sob o ângulo do acusado, que deve ter direito ao pleno exercício de sua defesa, com todas as garantias processuais decorrentes do princípio do julgamento justo (*fair trial*) e dos tratados internacionais de Direitos Humanos; b) sob o ângulo das vítimas dos crimes internacionais, para que possam fazer chegar os casos ao Tribunal e vê-los ser processados e julgados.

Sob o ângulo do acusado, para que este possa exercer com plenitude sua defesa, respeitando-se o devido processo legal (*fair trial*), com as garantias contidas no Estatuto de Roma, nas Normas de Procedimento e de Prova e nos tratados internacionais de Direitos Humanos, podemos dizer que o acesso à justiça está presente até que satisfatoriamente. Ainda mais se compararmos o Tribunal Penal Internacional permanente com seus antecessores históricos.

Já sob o ângulo da vítima, o acesso à justiça penal internacional encontra disposição expressa em diversos dispositivos do Estatuto, que veremos adiante. A atuação de ofício do procurador do Tribunal é fundamental para realização desse acesso, sem o que, apenas os Estados-parte poderiam noticiar o crime, ou a Organização das Nações Unidas, através do seu Conselho de Segurança.

A atuação independente do procurador permite a atuação da vítima e das organizações não-governamentais (ONG), essas últimas com os meios necessários para fazer chegar ao Tribunal representações bem formuladas de casos que mereçam julgamento.

Apenas os mais graves crimes internacionais são de competência do Tribunal Penal Internacional, somente quando a justiça local não exercer a jurisdição ou quando não o fizer adequadamente. A atuação do Tribunal deve ser direcionada para as exceções, não para a massa da criminalidade.

Se considerarmos o acesso da vítima à justiça internacional, depois de iniciado o procedimento de inquérito, ou o processo de instrução, ou de julgamento, vemos que há muitos e valiosos dispositivos assegurando a sua participação.

Assim, é possível dizer que o acesso à justiça penal internacional é melhor perante o Tribunal criado pelo Estatuto de Roma do que jamais foi diante dos outros tribunais, sendo um avanço em busca da punição dos mais graves crimes internacionais.

## 17. A VÍTIMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A gênese do movimento vitimológico que influenciou o Direito Penal da segunda metade do século XX e colocou a vítima diante de relevante papel nas legislações penais, ocorreu exatamente no pós-guerra (segunda grande-guerra), ao mesmo tempo em que o mundo se reorganizava em torno da Organização das Nações Unidas.<sup>113</sup>

O final do conflito armado, com a revelação do holocausto e das milhões de vítimas da guerra, determinou a formulação da Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas que, em seu Preâmbulo, já condenava os “atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”.

Apesar disso, os tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio não previram nenhum tipo de reparação às vítimas dos crimes internacionais praticados durante a segunda guerra. Não havia previsão voltada à satisfação dos prejuízos causados às vítimas.

Os tribunais penais *ad hoc* da Organização das Nações Unidas para a ex-Yugoslávia e Ruanda previram a reparação de danos às vítimas dos crimes, mas, ainda assim, o papel da vítima não foi tão relevante como está previsto no Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional permanente.

---

<sup>113</sup> Ana Sofia Schmidt de Oliveira. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 64.

Há um amplo campo de atuação da vítima perante o Tribunal Penal Internacional.

O Preâmbulo do Estatuto de Roma registra a preocupação com as vítimas:

“Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade.”

O artigo 15 do Estatuto de Roma, que descreve as atribuições do procurador e dá ao mesmo o poder de agir de ofício, após receber notícia de um crime de competência do Tribunal, reserva papel importante para as vítimas, ao admitir que “as vítimas poderão apresentar representações no Juízo de Instrução, de acordo com o regulamento processual” (artigo 15, 3).

Portanto, à vítima é reservada a possibilidade de dar início ao processo do Tribunal mediante representação apresentada ao procurador que, por sua própria iniciativa, diante das informações prestadas e do que mais tiver de elementos, é capaz de submeter o caso à Corte.

As vítimas podem apresentar observações ao Tribunal, quando houver a decisão de impugnação da jurisdição ou a admissibilidade do caso, através de expressa previsão do artigo 19, 3.

A secretaria, responsável para administração e funcionamento do Tribunal, nos aspectos não judiciais, terá uma unidade para apoio às vítimas e testemunhas, por previsão expressa do artigo 43, 6.

O artigo 53 do Estatuto de Roma, que dispõe sobre a abertura de inquérito, determina que o procurador deverá levar em conta o interesse das vítimas na decisão de instauração ou não do inquérito (artigo 53, 1, c).

O procurador, ainda no curso do inquérito, deverá sempre levar em conta o interesse das vítimas (artigo 54, 1, b), além de poder convocar e tomar depoimentos das vítimas (artigo 54, 3, b), bem como requerer medidas para proteção de pessoas (artigo 54, 3, f).

O Juízo de Instrução, assim como o Juízo de Julgamento em primeira instância, deverão determinar medidas de proteção às vítimas, quando necessário (artigos 57 e 64, do Estatuto de Roma).

Há, no artigo 68 do Estatuto de Roma, expressa previsão para a proteção das vítimas e testemunhas e para a forma de sua participação no processo.

O Tribunal Penal Internacional adotará as medidas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas, tomando em conta aspectos relacionados à idade, ao gênero, ao estado de saúde, à natureza do crime. Ao procurador caberá observar tais medidas

na fase do inquérito e de observar ainda que tais medidas não sejam incompatíveis com o direito do acusado nem com o postulado do julgamento justo (artigo 68, 1).

Tendo em vista a proteção das vítimas e testemunhas, ou do acusado, qualquer Juízo do Tribunal poderá determinar sigilo ao ato processual, mormente quando for o caso de vítima de violência sexual ou envolver criança ou adolescente. Essa disposição deverá ser apreciada diante das circunstâncias, levando-se em conta a opinião das vítimas ou testemunhas porque viola a regra geral de publicidade dos atos do processo (artigo 68, 2).

O Tribunal permitirá que as vítimas expressem as suas opiniões e preocupações na fase processual, desde que não afetem o direito do acusado a um julgamento justo (artigo 68, 3).

A unidade do Tribunal constituída para o apoio às vítimas e às testemunhas poderá aconselhar o procurador e o Tribunal para que tomem as medidas de proteção necessárias (artigo 68, 4).

Na hipótese da divulgação de alguma prova ou informação colocar em risco uma testemunha ou a sua família, o procurador poderá não apresentá-las antes do julgamento, substituindo-as por um resumo. Isso desde que não prejudique os direitos do acusado ou a realização de um julgamento justo (artigo 68, 5).

É facultado a qualquer Estado solicitar ao Tribunal as medidas necessárias para proteção de seus funcionários e agentes, bem como as informações de caráter confidencial ou restrito (artigo 68, 6).

O artigo 75 do Estatuto prevê a reparação em favor das vítimas, o que poderá ocorrer através da restituição, da indenização e da reabilitação. O Tribunal estabelecerá princípios para as formas de reparação, estimando valores, determinando se o pagamento será realizado pelo criminoso condenado ou se será utilizado o fundo criado em favor das vítimas. O Tribunal levará em conta a manifestação das vítimas.

Já o artigo 79 do Estatuto cria um Fundo em Favor das Vítimas, que será constituído das multas aplicadas ou de bens declarados perdidos pelo tribunal:

“Artigo 79 - Fundo em Favor das Vítimas.

1. Por decisão da Assembléia dos Estados Partes, será criado um Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias.
2. O Tribunal poderá ordenar que o produto das multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o Fundo.
3. O Fundo será gerido em harmonia com os critérios a serem adotados pela Assembléia dos Estados Partes.”

Essa previsão, do fundo em favor das vítimas, possibilitará a efetividade da reparação às vítimas, muitas vezes impossível de ser realizada no âmbito nacional ou internacional.

A insolvência financeira do condenado ou a impossibilidade de localização dos recursos de sua propriedade não poderão impedir a realização da reparação às

vítimas, em razão da existência desse fundo. Em nenhum outro tribunal internacional houve tamanha preocupação com o papel da vítima e com a realização da reparação dos prejuízos sofridos, o que torna exemplar, nesse aspecto, a formulação do Estatuto de Roma.

## 18. CONCLUSÃO

A soberania que significava o poder incontrastável do Estado de querer coercitivamente e de fixar competências, no âmbito interno e internacional, é um conceito que sofreu enormes mudanças através da história.

A soberania do Estado, no âmbito interno, limitou-se com a evolução do Estado de Direito e do constitucionalismo. O poder do soberano diminuiu dentro do Estado entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX. Nesse mesmo período, no âmbito internacional, a soberania tornou-se absoluta, determinando o poder de fazer guerra e impor a vontade do Estado fora de suas fronteiras, sem nenhum limite.

A ausência de um poder central ou de um direito superior aos Estados, como ocorreu na Idade Média, ocasionou essa liberdade absoluta dos Estados no âmbito internacional e levou a um verdadeiro “estado de natureza” entre as nações e à eclosão de muitas guerras.

A partir da necessidade de reorganizar o mundo em torno de uma sociedade de nações, com o fim do segundo conflito mundial do século XX, após a descoberta do holocausto causado pelo nazismo e pela destruição de boa parte da Europa, e ainda diante da necessidade de reconhecer direitos por natureza da humanidade, centrados na figura da dignidade da pessoa humana, foram resgatados princípios

universais, que devem se impor aos Estados. Há o resgate da teoria da comunidade de estados soberanos (*communitas orbis*), anterior ao Estado moderno, de existência de um direito natural que se sobrepõe aos Estados e que os vinculam.

A realidade exposta com o final da segunda guerra do século XX determinou a constituição de uma sociedade de nações submetidas aos princípios universais da manutenção da paz entre os povos, da proibição da guerra e do respeito à dignidade da pessoa humana, traduzido na luta pelos Direitos Humanos, que vinculam os Estados e suas ordens jurídicas e se constituem em um verdadeiro *jus cogens* internacional.

Os tribunais militares do pós-guerra, de Nuremberg e de Tóquio, inauguraram uma nova fase do direito internacional, consistente na punição individual dos grandes responsáveis por crimes de guerra e por crimes contra a humanidade. A punição nessa nova era é do indivíduo e não do Estado.

Foram tipificados os crimes internacionais contra a humanidade para punição dos responsáveis pelos fatos praticados ao longo da guerra, refletindo o reconhecimento de um direito por natureza preexistente e impositivo, incorporado ao direito internacional consuetudinário a partir de então.

A punição dos criminosos internacionais no pós-guerra e a institucionalização da Organização das Nações Unidas com a participação ativa dos Estados determinaram a proliferação de uma série de tratados internacionais de Direitos

Humanos, que se transformaram em direito consuetudinário internacional e vinculando os Estados ao seu reconhecimento.

Novas violações dos Direitos Humanos ocorreram, determinando, no início da década de 1990, a criação dos tribunais internacionais *ad hoc* da Organização das Nações Unidas para os crimes praticados na ex-Yugoslávia e em Ruanda, ao mesmo tempo em que ganhou força a discussão em torno da criação de um Tribunal Penal Internacional permanente.

O Estatuto de Roma criou o Tribunal Penal Internacional permanente, com muitas vantagens em relação aos tribunais precedentes, por ser um Tribunal independente e porque julgará fatos criminosos ocorridos depois de sua instalação, por juízes previamente escolhidos pelos Estados que o compõem.

Como a humanidade não conseguiu até hoje implementar os Direitos Humanos e terminar com as suas mais graves violações, a sociedade internacional criou um Tribunal Penal Internacional com a função de punir os responsáveis por tais violações.

O Estatuto de Roma foi constituído por um concerto de nações soberanas. Foi o exercício da soberania dos Estados que realizou o Estatuto e que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

A adesão do Brasil, ou de outro país, ao Tribunal Penal Internacional é um ato de soberania. O Estatuto de Roma prevê a saída do Estado do Tribunal através da denúncia ao tratado.

A possibilidade de um Estado decidir sobre a sua permanência ou sua saída do Tribunal é capacidade de divergir no concerto internacional, capacidade de exercício de sua soberania.

A existência e o funcionamento do Tribunal Penal Internacional fortalece a soberania, pois sua existência decorre do pleno exercício de autodeterminação dos Estados que o compõem.

A complementaridade do Tribunal, que só atua após a não atuação ou atuação deficiente da justiça dos Estados-parte, afasta a possibilidade de intervenção em assuntos internos e é respeito à jurisdição local e à soberania.

O Tribunal Penal Internacional tem o dever de apoiar e permitir aos Estados que punam os graves crimes internacionais praticados. A melhor contribuição do Tribunal Penal Internacional será ver funcionar as jurisdições nacionais para punir os crimes que seriam de sua competência, sem precisar exercer a jurisdição internacional que possui.

O Tribunal Penal Internacional é uma Corte internacional que pode servir onde os Estados fracassaram. Os Estados soberanos serão partícipes do sucesso ou da derrota de uma justiça penal internacional idealizada por décadas.

É indispensável uma visão interdisciplinar para estudar o Tribunal Penal Internacional ou para trabalhar em cooperação com ele. É necessária ao operador do direito uma visão em conjunto das disciplinas essenciais ao processo perante o tribunal: de penalista, de processualista e de internacionalista.

A Constituição brasileira de 1988 está comprometida com os ideais estabelecidos pelos tratados de Direitos Humanos e seus princípios são equivalentes às previsões internacionais. O Estado brasileiro está comprometido com a manutenção da paz entre os povos, a não proliferação da guerra e a defesa dos Direitos Humanos, e participa dessa ordem internacional de nações no âmbito das Nações Unidas e no Tribunal Penal Internacional.

Os princípios do processo penal da Constituição Federal de 1988 são previsões do devido processo legal que é adotado nos tratados internacionais de Direitos Humanos e no Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, como princípio do julgamento justo (*fair trial*).

O princípio do devido processo legal da Constituição brasileira nada mais é que o princípio do julgamento justo (*fair trial*), previsto nos tratados de Direitos Humanos e no Estatuto de Roma.

Há uma crescente preocupação em relação aos direitos do acusado perante os tribunais internacionais, fortalecendo o princípio do julgamento justo (*fair trial*). Ao compararmos as previsões do julgamento justo no Tribunal de Nuremberg com as

previsões do julgamento justo perante os tribunais *ad hoc*, constatamos uma crescente melhora nas garantias do acusado. E ao compararmos o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma com seus antecessores históricos, vemos que hoje há maiores chances para a realização de justiça, com a aplicação do princípio do julgamento justo, com a reparação dos danos às vítimas, que têm seu acesso à justiça assegurado.

## 19. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. O direito à não-auto-incriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *In: Revista de Estudos Criminais* (NOTADEZ/PUCRS/ITEC). Porto Alegre, nº 8, p. 67-85, 2003.

ARAÚJO, Fernando. O tribunal penal internacional e o problema da jurisdição universal. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, v. XLIII, nº 1, p. 71-120, 2002.

ARENDDT, HANNAH. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. revista, 2002.

BROOMHALL, Bruce. **International justice and the international criminal court: between sovereignty and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASSESE, Antonio. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

\_\_\_\_\_ On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law. *In: European Journal of International Law*. Firenze, v. 9, n. 1, p. 2-17, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORRES, Mariola Urrea. La orden europea de detención, captura y entrega. *In: Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, v. LIII, nº 1-2, p. 707-711, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. **Direito penal e direito comunitário: o ordenamento comunitário e os sistemas juscriminais dos estados-membros**. Coimbra: Almedina, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_ **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_ **Prescrição da ação penal: suas causas de suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GILL, T. D. **The 11th of september and the international law of military operations**. Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2002.

GOETHE-INSTITUT DE LISBOA (Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). **Direito penal internacional para proteção dos direitos humanos**. Lisboa: Fim de Século, 2003.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias, a deportação, a expulsão e a extradição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2ª ed., 2004.

\_\_\_\_\_. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro (Coleção Biblioteca Tempo Universitário, nº 94, Série Estudos alemães), 1993.

HARDING, Christopher. Exploring the intersection of European law and national criminal law. *In: European Law Review*. Leicester, v. 25, nº 4, p. 374-390, August 2000.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. **História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: A internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed., 2000.

\_\_\_\_\_; CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KINGSBURY, Benedict. Sovereignty and inequality. *In: European Journal of International Law*. Firenze, v. 9, n. 4, p. 600-625, 1998.

KNOOPS, Gert-Jan Alexander. **International and internationalized criminal courts: the new face of international peace and security?** Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos.** São Paulo: Atlas, 6ª ed., 2001.

LEE, Roy S.(editor). **The international criminal court: elements of crimes and rules of procedure and evidence.** Ardsley, NY: Transnational Publishers Inc.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (coordenador). **Direito comunitário e jurisdição supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LÜDER, Sascha Rolf. The legal nature of the international criminal court and the emergence of supranational elements in international criminal justice. *In: International Review of The Red Cross*, Humanitarian Debate: Law, Policy, Action. Geneva, v. 84, nº 845, p. 79-92, march 2002.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena.** São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_ O acesso à justiça e sua efetividade. *In: Estudos em homenagem ao acadêmico ministro Sydney Sanches.* São Paulo: Fiuza, 2003.

\_\_\_\_\_ (coordenador) **Tratado temático de processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cahapuz de. **O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MELLO, Celso de Albuquerque (coord). **Anuário: direito e globalização, 1: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_ **Direito constitucional internacional**. 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 1ª ed. Cascais: Principia, publicações universitárias e científicas. 2002.

\_\_\_\_\_ **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_ **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_ (organizador) **Timor e o direito**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

MUNDIS, Daryl A. The legal character and status of the rules of procedure and evidence of the ad hoc international criminal tribunals. *In: International Criminal Law Review*. The Hague, v. 1, nº 3-4, p. 191-239, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEWTON, Michael A. Comparative complementarity: domestic jurisdiction consistent with the Rome statute of the international criminal court. *In: Military Law Review*. Washington, v. 167, p. 20-73, march 2001.

NOGUEIRA, Ataliba. **Lições de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: FDUSP, 1969.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OVERY, Richard. The Nuremberg trials: international law in the making. *In: **From Nuremberg to The Hague: The future of international criminal justice.*** Cambridge: Cambridge University press, 2003, p. 1-29.

PALMA, Maria Fernanda. Tribunal penal internacional e constituição penal. *In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.*** Coimbra, RPCC 11, 2001.

PAULUS, Andreas L. Legalist groundwork for the international criminal court: commentaries on the statute of the international criminal court. *In: **European Journal of International Law.*** Firenze, v. 14, nº 4, p. 843-860, 2003.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e o direito constitucional.** São Paulo: Max Limonad, 5ª ed., 2002.

\_\_\_\_\_ **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho.** Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica Ltda., 1997.

RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *In: **Tribunal Penal Internacional.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado.** São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1984.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte geral, vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional Público: curso elementar.** São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 2002.

---

**O direito internacional no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBERTS, L. Kathleen. The United States and the world: changing approaches to human rights diplomacy under Bush administration. *In: Berkeley Journal of International Law*. Berkeley, v. 21, nº 3, p. 631-661, 2003.

RUIZ, Rafael. **Francisco de Vitoria e o direito dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SANDS, Phillippe (editor). **From Nuremberg to The Hague: The future of international criminal justice.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SCHABAS, William A. **An Introduction to the international criminal court.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SHANY, Yuval. **The competing jurisdictions of international courts and tribunals.** Oxford: Oxford University Press, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOLERA, Oscar. Complementary jurisdiction and international criminal justice. *In: International Review of The Red Cross*, Humanitarian Debate: Law, Policy, Action. Geneva, v. 84, nº 845, p. 145-171, march 2002.

SOTTILE, Antoine. The creation of a permanent international criminal court. *In: Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques (The International Law Review)*. Nendeln: Nº 2-3, p. 3-95, 1951.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRENGER, Irineu. **Direito processual internacional**. São Paulo: LTr, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

VERWEIJ, Harry. The international criminal court: an infant in turbulent times. *In: Griffin's View on International and Comparative Law*. Amsterdam, v. 4, nº 1, p. 106-167, January 2003.

VOORT, Karlijn Van Der; ZWANENBURG, Marten. From "Raison d'État" to "état de droit international" – Amnesties and the French implementation of the Rome statute. *In: International Criminal Law Review*. The Hague, v. 1, nº 3-4, p. 315-342, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAPPALÀ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2003.