

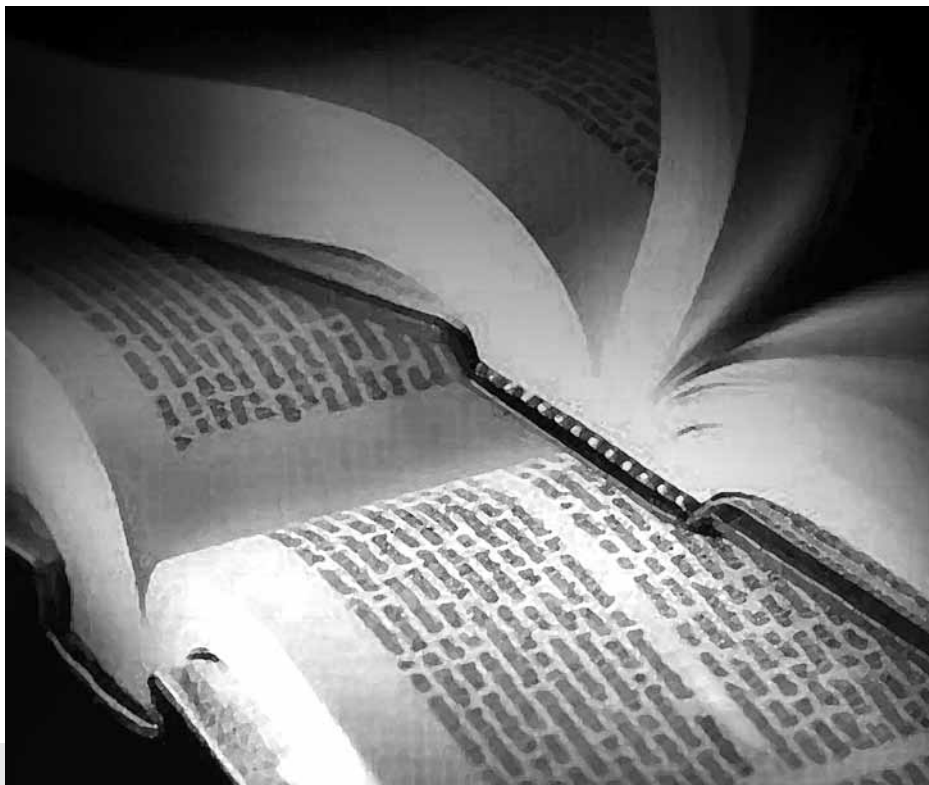
SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

Sívio César Arouck Gemaque



A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



**A necessária influência do
processo penal internacional
no processo penal brasileiro**

Sílvia César Arouck Gemaque

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro ARI PARGENDLER

Presidente

Ministro FELIX FISCHER

Vice-Presidente

Ministro João Otávio de Noronha

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Teori Albino Zavascki

Ministro Castro Meira

Desembargador Federal Olindo Herculano de Menezes

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Desembargador Federal Roberto Haddad

Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler

Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima

Membros Efetivos

Ministro Arnaldo Esteves Lima

Ministro Massami Uyeda

Ministro Humberto Martins

Desembargador Federal José Amilcar de Queiroz Machado

Desembargador Federal Raldênio Costa

Desembargador Federal André Nabarrete Neto

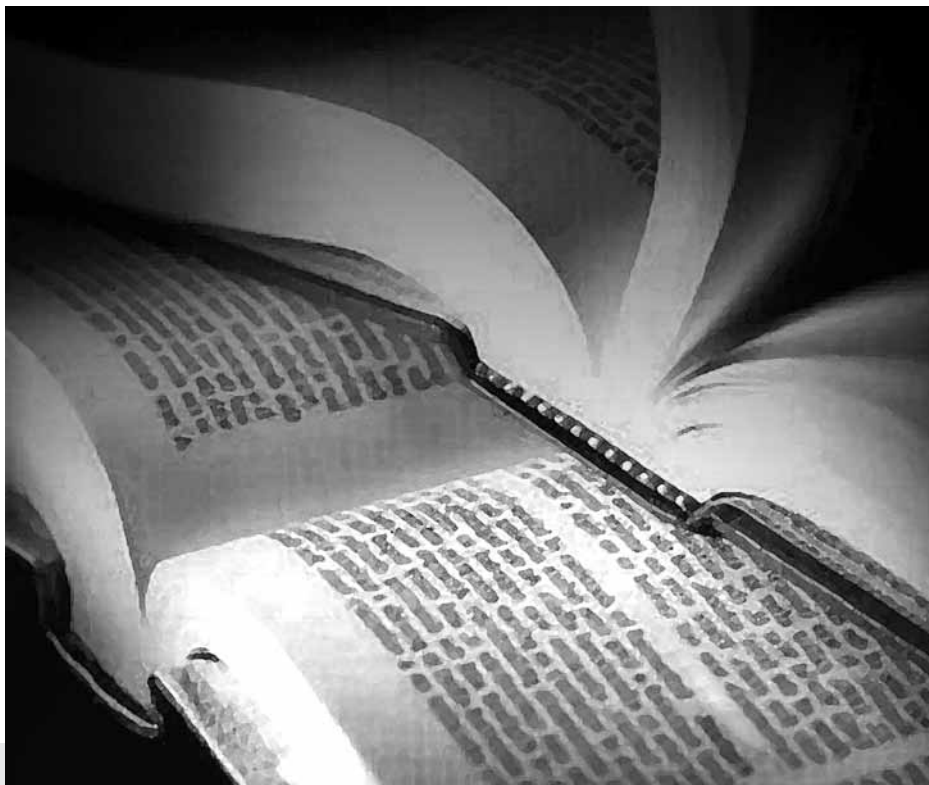
Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro

Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira

Membros Suplentes

Eva Maria Ferreira Barros

Secretária-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ**A necessária influência do
processo penal internacional
no processo penal brasileiro**

Sílvia César Arouck Gemaque

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2011

Tiragem: 1.500 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Janaína Lima Penalva da Silva – Secretária

SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÃO DOCUMENTAL E EDITORAÇÃO

Raquel da Veiga Araújo de Meneses – Subsecretária

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Edição e Revisão

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora de Editoração

Ariane Emílio Kloth – Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Coordenadoria de Editoração

Lucinda Siqueira Chaves – Servidora da Coordenadoria de Editoração

Diagramação e arte-final

Alice Zilda Dalben Siqueira – Servidora da Coordenadoria de Editoração

IMPRESSÃO

Coordenadoria de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração
do CJF

G322n Gemaque, Sílvio César Arouck

A necessária influência do processo penal internacional no
processo penal brasileiro / Sílvio César Arouck Gemake. – Brasília:
CJF, 2011.

230 p. : il. – (Série Monografias do CEJ; 12)

ISBN 978-85-85572-92-1

1. Processo penal internacional. 2. Direito processual penal. 3.
Direito penal internacional 4. Tribunal penal Internacional. I. Título.

CDD 341.4

“Aos professores do curso de pós-graduação
da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco,
em especial ao nosso orientador,
Professor Doutor Antonio Scarance Fernandes,
exemplo de professor, pelas sugestões
em prol da evolução científica do Direito
Processual Penal em nosso País.
Aos meus pais, por tudo”.

SOBRE O AUTOR

Sílvia César Arouck Gemaque é juiz federal em São Paulo; professor universitário e assessor da Escola de Magistrados – EMAG/TRF 3ª Região.

Membro fundador do Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal – ASF (Antonio Scarance Fernandes); mestre e doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; mestre em Direitos Difusos pela Unimes – Universidade Metropolitana de Santos; e ex-promotor de Justiça.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
INTRODUÇÃO	15
Pressupostos Teóricos	17
1 – PRIMEIRA PARTE: ASPECTOS GERAIS E CLASSIFICAÇÃO DAS INFLUÊNCIAS	
1.1 A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL	25
1.1.1 O surgimento e fortalecimento da tutela penal no âmbito internacional	26
1.1.2 Características do Direito Penal Internacional	26
1.1.3 O Processo Penal internacional	31
1.1.4 O sistema da <i>Common Law</i> e do Direito Continental ou <i>Civil Law</i> ...	33
1.2 Do Tribunal de Nuremberg ao Tribunal Penal Internacional	37
1.2.1 Genealogia dos tribunais penais internacionais	37
1.2.2 Tribunal Penal de Nuremberg e de Tóquio	41
1.2.3 Os Tribunais Penais para a ex-Iugoslávia, Ruanda e a gênese do TPI	44
1.2.4 O Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementaridade	46
1.3 O garantismo e a eficiência no Direito Processual Penal	47
1.3.1 O garantismo	47
1.3.2 A eficiência	57
1.3.3 A eficiência e as garantias ante a Justiça Penal internacional....	61
1.4 A necessária influência do Processo Penal internacional e suas principais características	64

1.4.1 Estágio embrionário da Justiça Penal internacional	64
1.4.2 A incorporação da legislação internacional pelos Estados nacionais	66
1.4.3 Os parâmetros internacionais garantistas	68
1.4.4 Influências eficientistas no Processo Penal brasileiro	74
1.4.5 Classificação das influências	75
1.4.6 Limites das influências	76
1.4.6.1 Limites políticos	77
1.4.6.2 Limites jurídicos	80

2 – SEGUNDA PARTE: TIPOS DE INFLUÊNCIA

2.1 As influências diretas do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro	83
2.1.1 Influência quanto à cooperação horizontal	83
2.1.2 Influência quanto à cooperação com o Tribunal Penal Internacional	89
2.2 Influência indireta e a solução de lacunas	93
2.2.1 As normas processuais penais internacionais e a solução de lacunas	93
2.2.2 Analogia, princípios gerais de direitos e normas internacionais	95
2.2.3 A afirmação de um sistema normativo internacional único...	104
2.2.3.1 As teorias monista e dualista	107
2.2.3.2 O exemplo da União Europeia	113
2.2.3.2.1 A Convenção Europeia de Direitos Humanos	120
2.2.3.2.2 As relações de coincidência e de interferência entre o Direito Comunitário e do Direito interno dos países	122
2.2.4 Conclusões específicas	125
2.3 Influência indireta já ocorrida no Processo Penal brasileiro, em uma análise garantista e eficientista	126
2.3.1 A inversão do ônus da prova e a “lavagem” de dinheiro	126
2.3.2 A “Lei Maria da Penha”	131
2.3.3 O tratamento da revelia	136
2.3.4 A prisão civil do depositário infiel	137

3 – TERCEIRA PARTE: PERSPECTIVAS DE INFLUÊNCIA

3.1 Noções gerais	139
3.2 Objetivos do Processo Penal internacional	145
3.3 O conceito de crime organizado	148
3.4 O papel e a investigação pelo Ministério Público	151
3.4.1 As principais características do Ministério Público	151
3.4.2 O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional	154
3.4.3 A investigação pelo Ministério Público e o Direito brasileiro	162
3.5 O papel da defesa na investigação	166
3.5.1 O papel da defesa na investigação e o Tribunal Penal Internacional	171
3.5.2 As soluções encontradas pela União Europeia	178
3.5.3 A superação do falso dilema do atraso na marcha processual	184
3.5.4 A investigação paralela da defesa	185
3.6 O papel do juiz e o tratamento da imparcialidade	188
3.7 Publicidade e mídia no Processo Penal	195
3.8 Prisões cautelares	199
3.9 Produção probatória	205
3.9.1 Prova testemunhal	208
3.9.2 Busca e apreensão	213
3.10 A fase de confirmação da acusação	214
3.11 Sentença, apelação e revisão	216
3.12 A execução da pena	218
CONCLUSÃO	219
REFERÊNCIAS	223

APRESENTAÇÃO

O Processo Penal internacional praticado pelos tribunais penais internacionais, bem como as normas penais internacionais oriundas de pactos internacionais exercem influências nos países em geral. Tais influências encontram limites políticos e jurídicos, podendo ser úteis na solução de lacunas existentes no Direito interno, conforme admite o art. 3º do Código de Processo Penal, sendo mais um instrumento com essa finalidade. Referidas influências podem ainda ser classificadas em: influências já ocorridas e em perspectivas, pois há situações em que tais influências já estão verificadas e outras, em que seria premente que ocorressem.

Assim é que, a inversão do ônus da prova na “lavagem” de dinheiro, a “Lei Maria da Penha”, o tratamento da revelia no Processo Penal e a prisão civil do depositário infiel são exemplos da primeira hipótese. Quanto às influências em perspectiva, propugna-se pela influência quanto aos seguintes assuntos relevantes para o Processo Penal brasileiro: o conceito de crime organizado, a investigação pelo Ministério Público, o papel da defesa durante a investigação, o papel do juiz e a imparcialidade, a publicidade e a mídia no Processo Penal, as prisões cautelares, produção probatória, a fase de confirmação da acusação, a sentença, apelação e revisão e execução penal.

Todas essas influências são tratadas sob o crivo do binômio: eficiência e garantismo, vetores presentes em todos os temas de Processo Penal.

Propugna-se também pelo incremento de tais influências, ainda que não se tenha precisão de como ocorrerá tal evolução, sendo certo, contudo, que deve ocorrer cada vez mais.

INTRODUÇÃO

O estudo da Justiça Penal internacional tem-se mostrado importante para a evolução da ciência jurídico-penal como um todo, tanto no âmbito internacional como no interno.

Torna-se, portanto, necessário o estudo de suas principais características e, diante do plano de pesquisa voltado para a área de Direito Processual Penal, a aferição de suas principais influências no Direito Processual Penal brasileiro.

Não se tem a pretensão de tratar de todos os temas inerentes ao Direito Processual Penal internacional, mas sim dos pontos mais relevantes que possam oferecer uma contribuição inédita, importando ainda frisar que, diante da multiplicidade de fenômenos que poderiam, em tese, ser estudados no âmbito do Processo Penal internacional, escolher-se-ão aqueles que, por amostragem, tenham reflexo sobre o Processo Penal brasileiro.

O Direito Penal Internacional, como ramo autônomo do direito, obtive destaque científico apenas recentemente, diante da necessidade de focar como objeto de pesquisa uma área do direito que interessa aos países como um todo e às pessoas como sujeitos de direito no plano internacional contra as violações aos direitos humanos.

Daí diferentes horizontes descortinam-se a esse ramo do Direito, a saber: os crimes internacionais e a necessidade de repressão dos eventuais infratores, a cooperação internacional para a solução de uma série de aspectos relacionados à efetividade da lei penal interna, a solução da repressão aos chamados “crimes transnacionais” e situações em que a lei penal interna opera efeitos no âmbito externo, tais como a aplicação do princípio da personalidade passiva, ativa e da extraterritorialidade absoluta, como é o caso da jurisdição universal.

Estas são, em breves linhas, as características gerais do Direito Penal Internacional. Parece mais adequado distinguir as normas de Direito

Penal Internacional daquelas referentes ao Processo Penal internacional, na medida em que estas têm objeto específico a merecer um tratamento destacado, podendo-se, portanto, falar em um Direito Processual Penal internacional.

Evidentemente, não se pretende estudar todas as áreas do Processo Penal internacional, mas sim as principais influências da Justiça Penal internacional no Direito Processual Penal brasileiro, especificamente as eventuais contribuições sistêmicas que possam ocorrer diante dessa nova realidade que se apresenta atualmente.

O estudo das influências pode ocorrer em relação às mais diferentes facetas, seja quanto ao Processo Penal praticado pelos tribunais penais internacionais, em que as normas processuais penais revelam-se de maneira mais nítida. No entanto, há toda uma gama de situações, em que se está a tratar de normas processuais penais no âmbito internacional multilateral e que podem repercutir no direito interno brasileiro.

Assim, há a influência, no Direito brasileiro, de tratados internacionais que possuem em seu bojo normas a respeito de questões processuais, quando se está a tratar, por exemplo, de uma maior eficiência no combate à criminalidade organizada.

É importante mencionar as contribuições das normas internacionais em matéria de combate ao crime organizado e ao terrorismo, por exemplo, que influenciaram, sob a ótica eficientista, a ordem jurídica brasileira em seu aspecto processual.

Por outro lado, há também a influência, desta feita, sob a ótica garantista, quando se trata de tratados internacionais de direitos humanos. Há decisões de cortes internacionais de Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia, que podem exercer influência no Processo Penal brasileiro.

É o caso, por exemplo, da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a ordem jurídica interna do Brasil, como no caso da “Lei Maria da Penha”, com novas regras processuais e quanto à prisão do depositário infiel nas hipóteses de concessão de *habeas corpus*.

Pressupostos teóricos

Todas essas situações revelam normas de cunho processual penal e que podem ter influência no Direito brasileiro.

Para essa finalidade não se pretende simplesmente importar as soluções oriundas dos tribunais penais internacionais, pois algumas características, tais como a dificuldade de coleta de provas e o papel das vítimas e testemunhas são específicas desse tipo de tribunal, mas as soluções encontradas por esses tribunais e a disciplina normativa de seus estatutos e regras de prova podem servir como importante paradigma às justiças internas dos países, notadamente do Direito brasileiro, seja pela experiência internacional no equilíbrio entre a eficiência e o garantismo, seja servindo como limite à aplicação de novos instrumentos, não reconhecidos no Direito interno.

Pode-se falar ainda da influência que se exerce, a partir do papel dos Estados-membros de colaborar com o Tribunal Penal Internacional, por exemplo, na medida em que se devem amoldar às regras da corte, devendo haver uma harmonia entre os diferentes sistemas, de modo a propiciar uma plena cooperação e integração para fins de melhor produção probatória.

Essa influência interessa, para os fins do presente estudo, desde que possa ser analisada sob o paradigma do garantismo e da eficiência jurídica, como dois grandes nortes a guiar o Direito Processual Penal. Portanto, as questões levantadas e soluções apresentadas serão testadas por meio da análise de sua importância como solução garantista ou de eficiência, na linha de pesquisa existente no Departamento de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Feitos esses breves comentários, pretende-se demonstrar que a influência do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro é necessária.

Inicialmente, porque o país como Estado signatário do Estatuto de Roma, que simbolizou a síntese de todos os exemplos de Justiça Penal

internacional existentes no mundo, até os dias de hoje, bem como de inúmeros outros tratados internacionais em matéria de direitos humanos, deve fazer cumprir internamente aquilo a que se comprometeu no plano internacional.

Isso porque se encontra vinculado normativamente e não pode deixar que as situações vividas no Direito interno, quando a sua natureza for essencialmente a mesma vivida no plano internacional, sejam tratadas de forma diferente no que diz respeito aos direitos e garantias individuais.

Em outras palavras, primeiro, não pode o país ser menos garantista internamente do que foi lá fora. Há de buscar uma isonomia de tratamento, ressalvadas as condições especiais, é claro, do plano internacional, como se verá ao longo do trabalho.

Segundo, porque, na linha da eficiência do Processo Penal para a garantia da segurança no plano interno, algumas lições do Processo Penal internacional poderão servir como paradigmas, como se verifica na possibilidade de o Ministério Público proceder a investigações.

Terceiro, porque a comunidade internacional, de um modo geral e permanente, já se encontra em um estágio de amadurecimento suficiente para reconhecer a legitimidade de uma Justiça Penal Internacional institucionalizada e independente e que pode processar e punir todos que ofendam a ordem jurídica internacional como um todo, com a prática de crimes de guerra, de agressão externa ou de crimes contra a humanidade, sem falar na perspectiva de ampliação do rol de crimes puníveis.

Assim, a comunidade internacional já não aceita esses desvios de conduta e estabeleceu, ao longo das últimas décadas, um conjunto gradativo de medidas e de instituições internacionais que proporcionam hoje um substrato efetivo aos Estados nacionais para que possam reconhecer uma pauta mínima de direitos e garantias a ser preservada por todos os sistemas jurídicos. Mencionem-se, a título ilustrativo, a União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, a Corte Interamericana de Direitos do Homem e a Comissão de Direitos Humanos da ONU.

Esse substrato institucional, admitido pela comunidade internacional, ainda embrionário, legitima o próprio Tribunal Penal Internacional

permanente, cria um paradigma de preservação de direitos mínimos a serem assegurados a todos no Processo Penal internacional e avança no sentido de influenciar os diferentes países a adotar também uma pauta mínima de preservação de direitos individuais no Processo Penal, além de oferecer um parâmetro em termos de eficiência.

Em outras palavras, essas instituições internacionais retro referidas são suficientes para demonstrar o estabelecimento de uma pauta de respeito aos direitos e garantias individuais previstos em pactos internacionais e a admissão da correspondente a influência que essas decisões internacionais devem ter nas ordens jurídicas internas dos diferentes países.

Isso significa, ainda que embrionariamente, uma gradual, mas efetiva evolução rumo a uma Justiça Penal internacional que, de fato, possa no futuro exercer a coação total para a repressão dos crimes internacionais e uma elevação universal dos padrões de respeito aos direitos humanos pelos países.

Diga-se de passagem que é claro que o dito “sistema” ainda não atinge todos os países, pois alguns não aceitam esse padrão internacional de respeito aos direitos humanos, mas já existe um padrão de Processo Penal internacional aceitável pela maioria dos países do mundo, padrão esse já reconhecido pela comunidade internacional como um substrato mínimo a ser observado no plano internacional e também no plano interno dos países, daí a necessidade da influência desse Processo Penal internacional no plano interno.

Quarto, no caso brasileiro, como se tem um Processo Penal estruturado sob um sistema baseado no Direito Continental, em que se prevê a disciplina abstrata de todas as hipóteses fáticas possíveis, o que implica lacunas no sistema, é importante que se esteja atento ao que acontece no plano internacional, principalmente no Tribunal Penal Internacional, como se disse, tribunal síntese da evolução do Direito Penal Internacional, como forma de suprir lacunas no direito interno dos países.

Estabelecido, portanto, que a influência do Processo Penal internacional é necessária no direito interno, importante agora é demonstrar como essa influência ocorre; em outras palavras, estabelecer as hipóteses teóricas sob as quais as questões fáticas repousarão.

Utilizando-se, assim, da ferramenta lógica do raciocínio cartesiano, em que é necessário dividir para melhor explicar, a construção científica dessas influências do Processo Penal internacional sobre o Direito Processual Penal brasileiro passa necessariamente pela sua divisão em duas grandes ordens de ideias: influências diretas e influências indiretas.

Assim é que se pode inicialmente falar em influência direta, que se subdivide em dois tipos de influência: a) quanto à cooperação horizontal; e b) quanto à cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Na hipótese da cooperação horizontal, os países encontram-se em um plano equivalente de soberanias, havendo cada vez mais a necessidade de aproximação de modelos normativos a fim de garantir uma maior segurança na repressão ao crime organizado e à garantia dos direitos individuais, conforme se verá.

Já na hipótese de cooperação com o Tribunal Penal Internacional ou vertical, da leitura do Estatuto de Roma e das regras de prova observa-se a existência de situações em que os países membros são chamados a colaborar, mediante a produção de determinadas provas, com o tribunal, o que se chama de cooperação vertical. Assim, na medida em que o procedimento quanto à produção de tais provas esteja previsto no Estatuto de Roma, e os direitos fundamentais envolvidos e maneira pela qual deverão ser respeitados também o estejam, não resta margem de manobra ao Estado para cooperar em sentido diferente, devendo fazê-lo nos moldes estabelecidos pelo tribunal; daí a influência direta. Outras hipóteses de cooperação vertical, além da produção probatória, poderão também ocorrer.

Quanto à influência indireta, pode-se falar na influência indireta na solução de lacunas existentes em nosso direito, tratando-se de uma influência no Processo Penal interno como um todo.

Essa influência ocorre, a partir da aceitação de que o Processo Penal brasileiro, conforme prevê o art. 3º do Código de Processo Penal, pode se utilizar da analogia e dos princípios gerais de direito para a solução de lacunas normativas e interpretativas. Com efeito, o próprio Estatuto de Roma prevê que o Tribunal Penal Internacional (TPI) poderá também se utilizar das soluções encontradas pelo direito interno dos países mem-

bros para a solução de seus casos. A Corte Interamericana já apresentou exemplos desse tipo de influência.

O sistema normativo interno de qualquer país não possui respostas para todas as situações fáticas que se apresentam para solução, havendo lacunas nas leis e que exigem a solução pela aplicação, dentre outros mecanismos, da analogia e dos princípios gerais de direito, consoante previsão do art. 3º do CPP.

Parece-nos razoável supor que as normas internacionais, em matéria de Direito Penal Internacional, oferecem soluções inovadoras para muitos fenômenos do direito interno dos países, podendo, portanto, servir como meio de solução das referidas lacunas. Mencione-se, por exemplo, a definição de “crime organizado”, oferecida pela convenção de “Palermo” e que, diante da ausência na legislação brasileira de uma definição clara a esse respeito, pode servir como meio para a solução de eventual lacuna.

Referida influência indireta é talvez a mais importante, na medida em que, ainda que não efetiva, dependente da aceitação dos intérpretes no plano interno, uma vez gradualmente efetivada, criará ferramentas para a solução das lacunas existentes no plano interno para várias questões processuais, algumas das quais serão tratadas neste trabalho, bem como servirá para uma gradual homogeneidade dos diferentes sistemas processuais penais.

As normas processuais existentes nas cortes internacionais, até diante da elevada capacidade técnica dos juristas que colaboraram com a tessitura das mesmas, bem como diante da influência dos dois grandes sistemas jurídicos existentes no mundo, ou seja, da *Common Law* e da *Civil Law*, estão a demonstrar um alto grau de sofisticação técnica e de soluções inovadoras para algumas importantes questões que podem interessar diretamente ao Direito Processual Penal brasileiro.

Todas essas questões serão analisadas conforme os grandes paradigmas do procedimento penal, a saber: o princípio da imparcialidade, do qual deriva a fundamental diretriz da separação entre a pessoa que acusa e a que julga, impedindo a contaminação de papéis no processo; o princípio acusatório, segundo o qual a ação penal deve ser exercida

por alguém distinto do juiz, não se admitindo a figura do juiz-acusador, devendo ser estabelecidos momentos processuais em que o acusador deva demonstrar a imputação penal e, por fim, a ampla defesa, segundo o qual o acusado não pode ser condenado sem que antes lhe seja garantida a possibilidade de exercer, plenamente, a sua defesa, devendo a lei providenciar procedimentos com atos e fases que possam possibilitar ao acusado impedir a continuação do processo, se presente a acusação infundada, de responder à acusação, bem como exercer o direito às provas de suas alegações e o direito ao recurso (FERNANDES, 2007, p. 2).

Referidas diretrizes, diz Antonio Scarance Fernandes, atuam como núcleo essencial para assegurar o direito a um procedimento eficiente e garantista, mas não esgotam as inúmeras diretrizes que podem ser retiradas dos princípios e regras fundamentais que podem ser aplicadas ao Processo Penal.

A escolha desses três princípios decorre do fato de que cada um deles está diretamente relacionado a um dos atores da cena processual, a saber: princípio da imparcialidade e o juiz, o princípio acusatório e o Ministério Público e o princípio da ampla defesa e o acusado.

Assim, como o princípio da imparcialidade está sendo visto pelas principais cortes internacionais, qual é o papel admitido ao Ministério Público como órgão de investigação e qual a importância e consequências atribuídas ao princípio da presunção de inocência são assuntos relevantes e que podem oferecer soluções inovadoras ao Processo Penal brasileiro.

Será ainda estudada a questão relativa à participação da defesa na fase de investigação, aferindo-se como os tribunais penais internacionais têm enfrentado a questão e quais as principais influências e contribuições ao nosso direito processual interno.

Assim, essas influências indiretas em matéria de solução de lacunas serão indicadas, por amostragem, segundo os princípios acima mencionados e a divisão do Processo Penal em duas importantes fases: a investigatória e a de instrução.

Ao falar das influências do Processo Penal internacional no Processo Penal interno brasileiro, não se pode deixar de falar nos limites a essa influência, pois não ocorre de maneira absoluta, sob um ponto de vista dinâmico.

Assim, subdividem-se os limites da influência do Processo Penal internacional no Processo Penal interno brasileiro em dois grupos: a) limites políticos; e b) limites jurídicos.

Limites políticos: é indiscutível que a menor ou maior influência do Processo Penal internacional dependerá de uma série de variáveis políticas que implicam nesses chamados “limites políticos” e que não podem ser desconhecidos quando se estudam as influências do Processo Penal internacional no Processo Penal interno. Assim, uma série de decisões ou atos tomados no âmbito do Tribunal Penal Internacional ou de organismos internacionais responsáveis pela preservação dos direitos humanos poderá encontrar na ordem interna do país impedimentos ou barreiras políticas, suficientes a instituir verdadeiros limites políticos à jurisdição do tribunal.

Alguns poderiam dizer que, nesses casos, o país se torna um infrator internacional e, por isso, sempre haveria uma influência, todavia, essa influência dependerá sempre da importância política do país no concerto das nações para aferir em que medida sofreria as consequências de sua atitude em desobedecer à ordem do Tribunal Internacional. Como essas questões dependem de variáveis políticas, trata-se de indiscutível limite político à influência interna.

Limites jurídicos: quando se trata de limites jurídicos, se está a falar das peculiaridades inerentes a cada sistema político existente no mundo, no caso particular, as características do sistema processual penal brasileiro, originário do Direito Continental, em face das características do sistema processual penal internacional do Tribunal Penal Internacional, reflexo da combinação entre o direito de base continental ou *Civil Law* e o direito da *Common Law*. Assim, alguns mecanismos previstos no plano internacional poderão encontrar resistência no plano interno, tendo em vista as características deste. Pode-se falar ainda em limites jurídicos, quando o país

deixa de produzir instrumentos normativos internos tendentes a melhor operacionalizar a colaboração e cooperação com o Tribunal Internacional. O mesmo se dá também quando se está diante da influência exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tem-se, assim, um quadro geral das influências do Processo Penal internacional no Direito Processual Penal brasileiro. Procurar-se-á, ao longo do presente trabalho, demonstrar algumas dessas influências, mediante análise por amostragem das situações fáticas existentes.

1 – PRIMEIRA PARTE

Aspectos gerais e classificação das influências

1.1 A formação da sociedade internacional

A comunidade internacional de países se forma pelo princípio da coordenação, já que não há, neste plano, subordinação entre os países.

Na realidade, a organização da sociedade internacional se dá da mesma forma pela qual ocorre a organização entre os indivíduos, uma vez que, em um âmbito primitivo, não há uma organização supraindividual que se sobreponha aos interesses privados de cada um, prevalecendo, com efeito, a lei do mais forte.

A sociedade internacional foi se formando, desta feita, conforme os interesses mais primários dos Estados, sejam econômicos, políticos etc. Daí a razoável organização que se observa no plano dos interesses econômicos dos Estados no plano internacional.

Apenas recentemente observou-se a necessidade de uma organização internacional que pudesse se colocar sobre os diferentes países a fim de processar e punir fatos criminosos que interessem à humanidade como um todo.

A exemplo do que acontece na União Europeia e em outras formas de União de Estados, pode-se vislumbrar

um progresso da sociedade internacional rumo a algum tipo de institucionalização vertical. Entretanto tal hipótese é ainda bastante distante, pois ainda se encontra em um estágio embrionário.

1.1.1 O surgimento e fortalecimento da tutela penal no âmbito internacional

O surgimento da responsabilidade penal internacional do indivíduo está relacionada com a evolução dos direitos humanos, a partir das mazelas testemunhadas na Alemanha nazista, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando pela criação dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio e com o advento dos tribunais penais *ad hoc* e, finalmente, com o Tribunal Penal Internacional.

Sem dúvida, o estabelecimento de tribunais internacionais dedicados à apreciação dos crimes internacionais é um reforço considerável na fase de **garantia**, conforme as três vertentes consideradas por Norberto Bobbio para a proteção dos direitos humanos (BOBBIO, 1992, p. 58-59).

É por intermédio dessa vertente que é possível vislumbrar uma efetividade da tutela dos direitos humanos, na medida em que se torna possível e viável a responsabilização dos infratores da lei internacional, os quais na maioria das vezes encontram proteção no âmbito da soberania interna dos Estados.

É importante assinalar que muito ainda há de ser feito para alcançar uma efetiva tutela jurisdicional no âmbito internacional, em uma verdadeira imposição vertical de aplicação do direito, todavia, o mecanismo desta efetivação já está em andamento e não deverá haver retorno.

1.1.2 Características do Direito Penal Internacional

Apesar dos inegáveis percalços para o estabelecimento de um efetivo Direito Penal Internacional, verdade é que, como visto, está a se estabelecer de forma gradual, mas efetiva.

Assim, é importante definir os pressupostos, objeto e principais características desse ramo do Direito, cuja complexidade é-lhe ínsita, na medida em que trabalha com elementos internos e internacionais, bem como se encontra ainda em estágio embrionário de evolução.

As primeiras práticas de Direito Penal Internacional remontam à extradição praticada no antigo Egito, desde o ano de 1280 a.C., quando Ramsés II firmou um tratado de paz com o rei Hattusili III, dos Hititas, que continha uma disposição sobre a extradição recíproca dos fugitivos (BASSIOUNI, 1982, p. 7).

A extradição tem sido, desde então, a principal prática conhecida de Direito Penal Internacional, mas esta a ela não se limitou, expandindo-se até alcançar os horizontes atualmente conhecidos.

Jeschek divide os objetos do Direito Penal Internacional nos seguintes aspectos: 1) Direito Penal Internacional como base e limite do campo de aplicação do Direito Penal nacional; 2) regras sobre extradição; 3) proteção penal da comunidade internacional e os bens jurídicos supranacionais; 4) Direito Penal no campo das comunidades europeias; e 5) jurisdição internacional em matéria penal (JESCHECK, 1972, p. 7).

O primeiro aspecto do Direito Penal Internacional refere-se a ações realizadas no exterior e que lesionem um bem jurídico estrangeiro, mas que caem sob o poder punitivo interno de um determinado Estado. Podem ocorrer situações em que o Estado aplique seu Direito Penal interno ou o Direito Penal estrangeiro, mas sempre, em qualquer dessas situações, deverá levar em consideração o Direito Penal Internacional como base e limite do âmbito de aplicação do direito nacional (JESCHECK, 1972, p. 8).

Daí a importância dos chamados “elementos de união”: princípio da territorialidade, princípio da bandeira, princípio da nacionalidade do agente, princípio da defesa, princípio real, princípio do direito universal, princípio do procedimento substitutivo (JESCHECK, 1972, nota 13, p. 8).

O segundo aspecto refere-se à extradição e à assistência judiciária internacional nos procedimentos penais. Entende-se por extradição o poder que detém a autoridade de um Estado em cujo território se encontra o autor de um crime de entregá-lo a outro Estado para que este intente um processo ou uma execução penal (JESCHECK, 1972, p. 10). O instituto da extradição está diretamente ligado ao conceito de soberania.

O terceiro aspecto refere-se às medidas penais para a proteção da paz, dos direitos do homem e de outros bens jurídicos supranacionais. Nesse tópico, o Direito Penal Internacional preocupa-se com as normas interna-

cionais destinadas, seja como *hard law* ou *soft law*, a tutelar penalmente a paz, os direitos do homem e outros bens jurídicos internacionais. O movimento internacional em busca da tutela dos direitos do homem superou os limites dos crimes contra a humanidade (JESCHECK, 1972, nota 13, p. 14), procurando estabelecer um verdadeiro estado de Direito Internacional.

O quarto aspecto refere-se ao Direito Penal no âmbito das comunidades europeias, em que ocorre também a tutela de bens jurídicos internacionais, mas garantidos por um poder sancionatório das comunidades, as quais possuem a sua própria soberania (JESCHECK, 1972, p. 15). Segundo Jescheck, a tutela das comunidades ocorre em três níveis diferentes de procedimentos: o Direito Comunitário tem o poder de remeter ao Direito Penal interno dos países, as autoridades comunitárias têm um poder sancionatório ínsito e os órgãos comunitários podem impor aos Estados-membros a promulgação de normas penais que atendam aos fins da comunidade (JESCHECK, 1972, p. 15).

O mesmo ocorre, ainda que em grau menos elevado de evolução, no continente americano, tendo em vista o recente papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O quinto objeto de atuação do Direito Penal Internacional relaciona-se à jurisdição internacional em matéria penal, segundo a qual haveria uma tutela jurisdicional internacional dotada de poder punitivo supraestatal, bem como de controle internacional para o exercício do poder punitivo pelos Estados (JESCHECK, 1972, p. 15).

Note-se como ainda é incipiente o atual estágio de evolução do Direito Penal Internacional neste aspecto, a julgar pelas limitações do atual Tribunal Penal Internacional, que, além de não abarcar todos os países e de ainda estar jungido, em muitos aspectos, ao Conselho de Segurança da ONU, não tem sob sua jurisdição todos os crimes que possam ensejar ofensas a bens jurídicos da humanidade como um todo, nem tampouco exerce um controle sobre os conflitos de poder dos diferentes Estados, numa típica função de solucionar conflitos de competência.

Assim, observadas todas essas características, que delimitam o objeto do Direito Penal Internacional, é importante deixar claro que seu denominador comum é a proteção de certos valores comuns compartilhados pela sociedade mundial (BASSIOUNI, 1982, nota 12, p. 32).

Trata-se de um Direito híbrido entre o Direito Internacional e o Direito Penal, sem descurar de aspectos inerentes às ciências políticas e à criminologia (BASSIOUNI, 1982, nota 12, p. 32), sendo sua originalidade, portanto, indiscutível, bem como evidentes também suas dificuldades (BASSIOUNI, 1982, nota 12, p. 32).

Conforme Bassiouni, entende-se por Direito Penal Internacional:

[...] os aspectos do sistema jurídico internacional que regulam através de obrigações jurídicas internacionalmente assumidas, as condutas cometidas por indivíduos, pessoalmente ou na qualidade de representantes de coletividades, que violem proibições internacionalmente definidas e que prevêm uma sanção penal (BASSIOUNI, 1982, nota 12, p. 35).

Elucidativa ainda a definição de João Marcello de Araújo Junior:

[...] é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e transnacionais); comina a eles as respectivas penas e estabelece as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; bem como as relativas a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional (ARAÚJO JÚNIOR, 1999, p. 246).

É inerente ainda à denominação “Direito Penal Internacional”, a circunstância de englobar aspectos penais e processuais penais (HUET, A.; KOERING-JOULIN, R., 1994, p. 250).

Interessante a análise apresentada por Alicia Gil, que discordando do pensamento acima mencionado em relação às características do Direito Penal Internacional, observa que se deve dar atenção aos bens jurídicos ofendidos, sendo que só seria objeto desta disciplina as ofensas a bens jurídicos estritamente internacionais:

Así, quedan descartados como contenido del Derecho penal internacional en sentido material los temas relativos a competencia jurisdiccional, aplicabilidad de la Ley penal en el espacio, entreatyuda judicial y reconocimiento de sentencias extranjeras por tratarse de temas de naturaleza procesal y de Derecho interno (GIL, 1999, p. 27).

Apesar de sua originalidade, não se pode concordar com o pensamento da autora, que tende a restringir por demais o objeto do Direito Penal Internacional. Por outro lado, observe-se ainda que o conceito de bem jurídico – para utilizar o pressuposto do pensamento crítico em relação à doutrina tradicional até aqui firmada neste âmbito – é bastante genérico para alcançar os crimes transnacionais, matérias afetas à competência jurisdicional, cooperação internacional, entre outras, pois tais fenômenos atingem também bens jurídicos internacionais, talvez não na mesma intensidade dos crimes internacionais propriamente ditos, mas mesmo assim possuem alguma dose de ofensa a valores internacionais, justificando-se, pois, a aderência ao Direito Penal Internacional, e não apenas ao Direito interno.

A questão, conforme visto, é complexa, até porque se trata de um novo ramo do Direito que transita por diferentes áreas – não só do Direito, como também de outras ciências – e também em razão disso não deve ser compartimentada apenas no Direito interno.

Assim, entende-se mais consentâneo com o que se espera do Direito Penal Internacional e com a necessidade de sua evolução e afirmação, o pensamento – já clássico – de Bassiouni.

Conforme acentua Marcos Alexandre Zilli, quando se refere ao Direito Penal Internacional:

Neste sentido, deve compreender um sistema jurídico penal supranacional, representado por um conjunto de princípios e regras – positivadas e consuetudinárias – descritivos das infrações penais internacionais e impositivos das respectivas sanções, delimitando dessa forma uma responsabilidade individual, em nível internacional, independente, em princípio, da nacionalidade do agente, bem como do local da consumação (ZILLI, 2006, p. 63).

Inúmeras são as fontes do Direito Penal Internacional.

As fontes primárias são os documentos de criação e de regulamentação dos tribunais, mas que devem se harmonizar com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos (ZILLI, 2006, p. 71), ressaltando-se que o art. 21.3. do Estatuto de Roma, prevê expressamente:

Art. 21.3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente

reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos de gênero, definido no parágrafo 3º do art. 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião pública ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

As fontes secundárias são os tratados, os princípios e as normas de Direito Internacional e os princípios do direito internacional dos conflitos armados (ZILLI, 2006, p. 71).

As fontes terciárias são os princípios gerais de direito extraídos dos diferentes sistemas jurídicos existentes (ZILLI, 2006, p. 74).

Ainda que não deva ser expediente automático, na medida em que se pretende fortalecer o Direito Penal Internacional, com ferramentas próprias, é evidente que a alternativa ao direito doméstico é recorrente, refletindo um apego dos juízes aos seus sistemas de origem (ZILLI, 2006, p. 74).

Por fim, o Direito Penal Internacional instaura uma nova ordem jurídica, diferente da interna, esta com prevalência em um modelo retributivo-vertical, pois este novo sistema de direito instaura um modelo retributivo-horizontal, na linha defendida por Tércio Sampaio (ZILLI, 2006, p. 81), baseado em Burkett.

A legitimação desse novo modelo está muito mais baseada na racionalidade e na linguagem, isto é, na força argumentativa, do que na força ou na emoção, como se dá nos modelos de feição vertical.

1.1.3 O Processo Penal internacional

É possível afirmar que dentre as normas internacionais aplicáveis ao Direito Penal Internacional, existem normas de natureza marcadamente processual e que não se ajustam propriamente ao direito material.

No plano doutrinário, não se tem destacado esse tipo de norma dentre aquelas de natureza penal, entendendo-se por uma mistura entre as normas penais e processuais penais.

Isto deve ser reflexo do fato de que muitos países não destacam o direito processual como ramo autônomo do Direito, tal como ocorreu no Brasil. Entretanto, ainda que assim o seja, é indiscutível que dentre as normas penais internacionais existam aquelas com faceta processual ou procedimental e que mereçam um tratamento adequado e destacado.

Assim, é premente que sejam estudadas de forma destacada, na medida em que o objeto da ciência penal não coincide com o do Direito Processual Penal, uma vez que as normas processuais, que visam a instrumentalizar os objetivos do plano do direito material, devem ter um enfoque adequado à sua natureza.

Tal solução tem sido adotada pelo Departamento de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP¹.

Com efeito, Processo Penal internacional, nos dizeres de Marcos Alexandre Zilli são: “os instrumentos e mecanismos criados para viabilizar a imposição, no plano internacional, das sanções correspondentes à prática de crimes internacionais” (ZILLI, 2006, p. 66).

Da mesma forma que, no âmbito do direito interno dos países, o processo estabeleceu a rejeição à vingança privada, no âmbito internacional é o processo que efetivará a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Verificado, portanto, que o Processo Penal internacional se destaca do Direito Penal Internacional, considerando seu caráter instrumental, é possível ainda analisar os aspectos inerentes ao devido Processo Penal e que se aplicam também ao Processo Penal internacional.

Isso porque, os inúmeros pactos internacionais de direitos humanos e inclusive os regramentos internos dos tribunais penais internacionais, que corporificam um conjunto de normas garantidoras da observância dos direitos das partes, principalmente dos acusados e suspeitos, depreende-se a existência de um paradigma internacional de devido processo penal.

Não é o caso de aprofundamento acerca do devido Processo Penal, pois fugiria ao objetivo do presente trabalho, lembrando-se apenas que o referido princípio surge com a *Magna Cartha*, promulgada por João Sem-Terra, e que efetivou um conjunto de garantias aos senhores feudais da Inglaterra do século XIII. Esse conjunto de princípios, pela sua importância e reflexos em várias áreas do campo do direito e da política, exerceu grande influência.

¹ A relevância do tema fez com que, já por dois semestres, o Departamento de Direito Processual da USP destacasse uma disciplina de seu curso de pós-graduação voltada ao processo penal internacional. (FERNANDES, 2008)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 elevou os direitos humanos ao campo da universalidade, pois foi uma efetiva tentativa de consagração universalista, sem, contudo, implicar em obrigatoriedade, que só foi alcançada com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que ampliou o rol de garantias indicadas na declaração (ZILLI, 2006, p. 95).

O quadro completa-se com o advento das cortes regionais de Direitos Humanos, tanto a europeia como a americana, sem falar da africana, esta ainda em estágio embrionário, que exercem forte influência nos Estados e a primeira inclusive nos tribunais penais internacionais, criando ainda um platô de respeito aos direitos humanos.

O que se cunha, em última análise, com um devido Processo Penal internacional é a consagração de garantias processuais penais em um mesmo patamar dos direitos humanos.

Foi o Estatuto de Roma, verdadeira amálgama do que se atingiu até os dias de hoje em matéria de Direito Penal e de Processo Penal internacional, que consagrou uma série de princípios inerentes ao devido Processo Penal internacional, a saber: presunção de inocência, ônus probatório exclusivamente sobre a acusação, julgamento público, equitativo e imparcial, direito à informação e à perfeita compreensão dos atos e termos do processo, exigência de certeza para condenar, ampla defesa, paridade de armas e direito à prova, direito à não auto-incriminação, direito ao silêncio e julgamento em tempo razoável, conforme dispostas nos arts. 66 e 67 do Estatuto de Roma.

Segundo Marco Alexandre Zilli, o Processo Penal internacional, por seu caráter aberto, isto é, influenciável por várias fontes normativas, a possibilitar a inclusão de novas garantias, principalmente com a influência de normas internacionais de direitos humanos, conduzirá a um padrão internacional de devido Processo Penal, tanto para o nível interno dos países, quanto para o nível internacional ou supranacional (ZILLI, 2006, p. 103).

1.1.4 O sistema da *Common Law* e do Direito Continental ou *Civil Law*

Ambos os sistemas, de tradição histórica nos países onde vigem, têm características específicas e que distinguem os sistemas jurídicos nos países em que implementados.

As diferenças entre os dois sistemas não são importantes assim, uma vez que implicam, muito mais, um modo diferente de resolver problemas semelhantes, e suas diferenças deitam raízes, muito mais, em aspectos históricos do que propriamente jurídicos.

Interessante, neste sentido, é a tese ventilada por João Gualberto Garcez Ramos:

A tese aqui defendida é precisamente a seguinte: as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos continentais e inglês são resultado da dialética entre as esferas de emanção do poder – do poder político e jurisdicional. De como, enfim, essas esferas agiram e interagiram na Inglaterra e na Europa continental, na fase de formação desses sistemas. Algo ocorreu entre os séculos onze e quatorze (RAMOS, 2008, p. 39).

Segundo o autor, a importância que se conferiu ao direito comum ou *Common Law* está diretamente relacionada ao fato de que, na Inglaterra, não ocorreu a mesma influência experimentada pela igreja nos países de Direito continental, em que esta herdou a tradição e cultura romana. Assim, pode a Inglaterra experimentar, em matéria de Direito, uma maneira muito mais ligada às suas tradições para a solução dos mais diferentes conflitos, ao contrário da Europa continental (RAMOS, 2008, p. 39).

Outro aspecto a reforçar isso é também o fato de que, na Inglaterra, a figura real possuía muito mais poder e influência diante dos senhores feudais, do que o rei da Europa continental, o qual, em razão das extensas áreas de latifúndio pertencentes aos senhores feudais, era mais um dentre eles, exceto pelo fato de ostentar o título real (RAMOS, 2008, p. 40). Com efeito, o rei dos países da Europa continental era muito mais ré-fém dos nobres do que o rei inglês, havendo constantes necessidades de alianças com os nobres e com a igreja. Já o rei inglês encontrou, em geral, muito mais liberdade para exercício do poder.

O sistema da *Common Law*, que surgiu na Inglaterra, tem como origem os costumes locais que inicialmente se contrapuseram à influência normativa que se estabelecia na Inglaterra da época.

Segundo René David:

O jurista inglês, herdeiro dos práticos, desconfia daquilo que ele considera, muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio de aplicá-lo? Toda a

atenção dos juristas ingleses se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo (DAVID, 2002, p. 406).

Esse sistema tem como características básicas: as regras das distinções, a importância dos precedentes, as *exclusory rules*, as ordens de *disclosure*, a importância dos *statues* etc.²

-
- 2 Neste texto, tivemos a oportunidade de escrever: “Uma primeira característica importante da *Common Law* é a importância que conferia às regras de processo ou *remedies precede rights*, sendo que aos poucos é que, a partir dessas regras a *Common Law* passa a definir os direitos e obrigações, sendo que, conforme acentua René David, esse apego às regras formais, deve-se ao fato de a *Common Law* filosoficamente dar mais importância à segurança jurídica e à solução rápida dos litígios do que na realização da justiça propriamente dita [...] Segundo, é a importância que se dá às chamadas regras de distinções, em que se separa o que é *ratio decidendi* e *obter dictum*, pois só a primeira deve ser seguida como precedente, outra importante característica deste direito, desde que a hipótese não seja distinta da tratada no caso concreto. Terceiro, é a criação da regra do precedente ou *rule of precedent*, na medida em que se sentiu com a escola da exegese uma necessidade de maior homogeneidade, que só o *stare decisis* seria capaz de assegurar. Geralmente, essa forma do precedente ocorre hierarquicamente, partindo da *House of Lords* às Cortes inferiores, mas, conforme aponta Willian Geldart, pode acontecer o contrário, quando decisões tomadas por Cortes inferiores, em assuntos ainda não tratados pelas Cortes Superiores e que não foram ainda definitivamente decididas por estas, à míngua de recursos endereçados, acabam por disciplinar diferentes relações jurídicas, de toda a ordem, tais como contratos, separações, etc., não sendo útil ao caráter extremamente pragmático da *Common Law*, que as Cortes superiores, agora provocadas, decidam de forma diferente, por isso, o caráter vinculante, só que agora em sentido oposto, eis que de baixo para cima. Essa força vinculante se projeta para o futuro e é uma característica essencial desse direito. Quarto, é a consideração que se dá ao juiz como mero árbitro entre as partes, na medida em que se vê o processo como um mero torneio, em que às partes competem apresentar suas alegações e provas, devendo, em algumas circunstâncias, competir a uma das partes apresentar algum meio de prova que tenha consigo, mesmo que favoreça a outra parte, o que se chama *Discovery order*. Essa característica de ser o juiz um mero árbitro, não lhe tira o poder atualmente existente de impor multas ao advogado que tenha sido negligente com o direito de seu cliente. Quinto, a importância dos *statues*, que começam com a Magna Carta de 1225, no reino de Henrique III, que são na realidade o adendo ou a errata do conjunto de livros que compõem a *Common Law* e não teriam sentido, portanto, senão como referência à *Common Law* [...] A interpretação no direito inglês cria aquilo que diz ser a *legal rule*, na medida em que como decorrência da aplicação do princípio da separação dos poderes e do próprio direito inglês, são avessos às regras formuladas pelo legislador, aplicando-as na medida em que a jurisprudência as interpreta, sendo que extrai dos fatos os princípios, havendo inúmeros *statues* cuja aplicação restou afastada pela interpretação jurisprudencial dos Tribunais ingleses. Assim, portanto, não se pode falar propriamente na prevalência dos *statues* sobre as decisões jurisprudenciais, havendo sim um sistema de influências mútuas. Neste ponto, é interessante mencionar a desnecessidade de se falar em direito que surge com a interpretação jurisprudencial, pois, para alguns, diante da inexistência de leis para todas as hipóteses fáticas, como no direito continental, haveria um vácuo a ser complementado pela jurisprudência, de cuja aplicação é que surgiria o direito. Em interessante passagem, argumenta Willian Geldart, que pensar em semelhante hipótese, seria o mesmo do que imaginar que um pedaço de terra não teria valor nenhum até que tenha sido vendido ou até que alguém tenha realizado uma avaliação, porque até então não se saberia se a mesma teria algum valor. Sexto, nota-se atualmente no direito da *Common Law* uma acentuada importância da disciplina legislativa em alguns campos em que a modernidade o exige, tal como no campo das relações econômicas, no sistema previdenciário, da repressão penal e no direito comunitário, por exemplo.

Está ligado à prevalência dos costumes e dos precedentes judiciais. O processo é visto como uma batalha entre dois adversários e monitorada por um julgador, equidistante e inerte (método adversarial) (ZILLI, 2006, p. 110).

Diante do fato de os julgamentos serem realizados por juízes leigos (jurados), são criadas, por este sistema, uma série de regras de exclusão de provas, a fim preservar a equidistância dos julgadores, como no caso, das chamadas *hearsay rule* e as chamadas provas ilícitas.

Já o sistema de base continental tem na lei seu principal alicerce e exerce influência em vários países, dentre eles o Brasil.

Os tribunais internacionais, compostos essencialmente por países oriundos dos dois sistemas, convivem com uma mistura de culturas e formas de ver o direito, sendo que traços de ambos resultam influentes nos pactos que criam os tribunais, nas normas e decisões dos mesmos. Ainda que o sistema da *Common Law* tenha influenciado sobremaneira os tribunais internacionais, para a ex-Iugoslávia e Ruanda, em sua face-ta predominantemente acusatória, houve um incremento de elementos inquisitoriais, tais como uma maior participação do juiz no processo e admissão de provas documentais, o que também ocorreu no Tribunal Penal Internacional, tendo em vista as peculiaridades dos crimes internacionais em que há uma dificuldade na colheita de provas (ZAPPALÀ, 2003, p. 16).

Da mesma forma, verificou-se não ser possível a absorção pura e simples do modelo “adversarial” puro, mas sim uma combinação com o modelo “inquisitorial”, na medida em que a adoção daquele em sua concepção clássica equivale a criar injustiças em determinados casos, em que se exige uma participação mais efetiva do julgador (ZAPPALÀ, 2003, p. 67).

Por fim, pode-se dizer ainda que a *Common Law* possui uma grande capacidade de adaptação e de mudança, pois como surge do que vem sendo praticado, tem uma grande capacidade de mudança, sendo de sua essência o fato de que as coisas podem mudar e ainda assim permanecerem a mesma coisa. É errado ainda dizer que o direito inglês seja costumeiro, apesar do que este exerce uma força preponderante, bastando mencionar o exemplo do direito constitucional, em que se tem, em tese, uma Monarquia absoluta, em que todos os bens públicos, todos os cargos e remunerações pertencem à Rainha que pode dispor como bem entender, entretanto, o que se considera efetivamente como força normativa são as chamadas *conventions of the Constitution*. (DAVID, 2009, p. 69-76)

Interessantes consequências práticas advêm deste intercâmbio de culturas na base de formação desses novos instrumentos institucionais.

Em matéria probatória, por exemplo, o sistema da *Common Law* é muito mais casuístico e, desde a fase de admissibilidade das provas, já estabelece, por meio das *exclusory rules* as provas que não são admitidas.

É nítida ainda a influência do sistema da *Common Law* no Direito de base continental, bastando citar, como exemplo, no caso do Processo Penal, o instituto da transação penal, e que tem se alastrado pelos países da Europa³. A mencionada influência tem ainda mais força no campo das normas jurídico-econômicas, interferindo na construção de uma Europa cada vez mais liberal (LIMA, 2007, p. 150).

1.2 Do Tribunal de Nuremberg ao Tribunal Penal Internacional

1.2.1 Genealogia dos tribunais penais internacionais

O advento da I Guerra Mundial testemunhou inúmeras atrocidades e excessos por partes dos Estados beligerantes, que culminaram com mais de 20 milhões de feridos. Em seguida ao desfecho da guerra, comissões

3 “O instituto da transação penal possui vantagens e desvantagens. A vantagem principal é permitir a rápida e pouco custosa resolução do conflito, evitando-se todo o ‘peso’ de um Processo Penal, seja quanto à duração, seja quanto ao custo. A desvantagem principal é o enfraquecimento da garantia oferecida pelo Processo Penal ao jurisdicionado, que é o fim mesmo do processo, estabelecendo que uma pessoa acusada de uma infração penal, que poderá acarretar uma sanção bastante severa, deve se submeter a um processo no qual, após a acusação apresentar as provas de suas alegações, tem o direito de ampla defesa e de ver seu julgamento – e eventual condenação penal – proferido por um tribunal imparcial e independente. Quanto maior a gravidade da infração, maior a severidade da pena a ser aplicada, e portanto, maior deve ser a garantia processual ao acusado. Deste modo, teoricamente este instituto é mais apropriado para infrações de menor ofensividade, como é o sistema adotado no Brasil. Na França, o limite de utilização deste sistema é de cinco anos de pena privativa de liberdade, o que já abarca delitos de uma considerável gravidade. Duas outras desvantagens foram analisadas e, na medida do possível, são estabelecidos certos dispositivos a fim de eliminá-las: 1) a ameaça implícita ao jurisdicionado, às vezes inocente, de sofrer uma sanção severa perante o tribunal caso não ceda à proposta feita pela acusação; e 2) favorecimento àquele que tenha praticado uma fraude grave, pelo fato de escapar à uma pena mais severa e a estigmatização que dela decorre, através de uma simples transação. Quanto ao primeiro problema, o *Corpus Iuris* prescreve que ‘o acusado reconhece livremente sua culpabilidade, e as autoridades dispõem de indícios de culpabilidade suficientes para justificar o exercício da ação penal e subsequente julgamento’. Estas disposições procuram manter intacto o princípio da presunção de inocência, nuclear ao Processo Penal. Quanto ao segundo, o texto prevê a não possibilidade da transação, segundo certos critérios”. (LIMA, 2007, p. 149)

de inquérito foram criadas pelos países vencedores para apurar os crimes de guerra, entretanto, quanto aos autores que se encontravam em território alemão, prevaleceu mais uma vez o respeito à soberania interna do país. Foi emblemático o caso do Kaiser Guilherme II, o qual, uma vez exilado na Holanda, não foi entregue por este país a fim de ser responsabilizado pelos crimes praticados.

Essa discussão da responsabilidade ou não do Kaiser é que deu início ao debate sobre a responsabilidade de indivíduos por delitos cometidos sob a égide da soberania do Estado, e que viria, finalmente, a ser estabelecido pelo Tribunal de Nuremberg, após o Acordo de Londres (GONÇALVES, 2004).

No intervalo entre as duas grandes guerras mundiais, tentou-se estabelecer um novo Direito Internacional Público capaz de enfrentar os graves problemas ocorridos na última guerra e – muito mais do que isso – evitar que se repetissem.

O Pacto de Briand-Kellog, de 27 de agosto de 1928, foi uma dessas tentativas, tratando-se de um pacto em que se vedou o recurso à guerra como expressão de política nacional, bem como o Pacto de Genebra, em que se coibiram meios cruéis de combate (ZILLI, 2006, p. 34).

O Tratado de Washington, em seu art. 3º, previu, ainda que limitadamente, o princípio da universalidade. Assim, declara o artigo:

Art. 3º As potências signatárias, desejando assegurar o respeito das leis humanas reconhecidas pelo Direito Internacional por elas proclamado, relativas ao ataque, à captura ou à destruição de navios mercantes, declaram, ademais, que todo indivíduo, a serviço de qualquer potência, agindo ou não por ordem de seu superior hierárquico, que viole uma ou outra destas regras, será considerado como violador das leis de guerra e poderá ser julgado e castigado como se houvesse cometido um ato de pirataria. Poderá ser julgado perante as autoridades civis e militares de qualquer potência dentro da jurisdição em que se encontre.

Ainda que seu alcance fosse bastante limitado, uma vez que atinente tão somente aos crimes de ataque a navios mercantes, bem como o número restrito de países que a ele aderiram⁴, foi um significativo avanço em termos de responsabilização por crimes internacionais.

4 Apenas EUA, Império Britânico, França, Itália e Japão.

O sistema, no período de entreguerras, destinado a estruturar a limitação da soberania dos Estados em prol do bem comum da comunidade internacional, estava estruturado em três componentes básicos: pela Sociedade das Nações (SDN), pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) e por meio de tratados regionais (GONÇALVES, 2004, p. 41).

As únicas guerras admitidas pela Sociedade das Nações eram a guerra defensiva e a guerra de sanção, mas o art. 15, § 7º, do Pacto, ao estabelecer a liberdade de ação quando não houver unanimidade nas decisões do Conselho e o § 8º, que deixava aos Estados a regulamentação de matérias de sua competência exclusiva, enfraqueceram muito a eficácia da referida sociedade.

A primeira tentativa de estabelecer uma Corte Penal Internacional, destinada a punir os chamados “crimes de guerra”, coube ao Barão de Camps, o qual chegou até a esboçar um modelo de estatuto em que a corte seria independente da própria Sociedade das Nações. Entretanto, seu projeto foi rejeitado pela Assembleia dos Estados, com o argumento de ofensa ao princípio da legalidade, mas o que as potências não queriam, de fato, abrir mão, era de sua soberania irrestrita, pois o recurso à guerra era, no limiar da II Guerra Mundial, uma prática corriqueira e admitida implicitamente pela sociedade internacional. Apesar dos esforços de se estabelecer os chamados “crimes de guerra”, não se conseguiu criar um sistema eficaz de sanções, transformando-se os esforços de definição em mera questão idealista (GONÇALVES, 2004, p. 57).

Esse era o panorama antes da II Guerra Mundial. Todos os esforços havidos para a codificação de um Direito Internacional mínimo de proteção dos direitos humanos e, como consequência, de delimitar os crimes internacionais não encontram campo fértil, desaguando na maior de todas as guerras, sinônimo de barbaridades ainda maiores do que as vividas durante a I Guerra Mundial. Se as lições desta guerra tivessem sido bem apreendidas, certamente muitas das críticas ao Tribunal de Nuremberg teriam sido evitadas.

A II Guerra Mundial foi uma consequência de situações não resolvidas durante a I Guerra Mundial, pois as nações vencedoras não souberam lidar com o fato de que a Alemanha não havia sido absolutamente derrotada, mas sim obrigada a assinar um “cessar-fogo”. O orgulho alemão, com

efeito, estava ferido em razão de inúmeras concessões que o país teve que fazer com o “cessar-fogo”. Isso – aliado à grave crise econômica que se instalou no país – fez com que o nazismo encontrasse um solo fértil para seu pensamento autoritário e seu proselitismo de salvação nacional.

Além disso, a Inglaterra, a França e os Estados Unidos foram bastante condescendentes com a evolução do militarismo nazista, pois os dois primeiros resolveram declarar guerra à Alemanha apenas com a invasão à Polônia, sendo que, muito antes, já existiam sérios elementos a demonstrar que o ímpeto nazista não iria amainar.

Já em 13 de janeiro de 1942, no Palácio de Saint-James, os aliados assinam uma Declaração em que se comprometem a punir os criminosos de guerra e criam imediatamente um comitê interaliado para a repressão de tais crimes. Em 6 de agosto de 1942, o governo britânico fixa os princípios da repressão:

1º A política e o procedimento referentes aos criminosos de guerra, aí compreendida a questão da jurisdição competente, devem ser estabelecidos de acordo com todos os governos aliados interessados; 2º Para o julgamento dos criminosos de guerra, qualquer que seja o Tribunal competente, far-se-á uso das leis já em vigor, sem promulgar qualquer lei especial “ad hoc”.

Determinou-se, ainda, que cada país aliado deveria apresentar uma lista de criminosos em relação aos quais desejava que fosse iniciada a perseguição penal, e os dispositivos que deviam ser fixados nas convenções de armistício para a captura imediata ou a entrega dos criminosos indiciados. Vê-se, portanto, que a cooperação internacional faz-se necessária mesmo diante de um país vencido.

Isso já era um embrião do que viria a ser o Tribunal de Nuremberg. Já se sabia, de antemão, do intuito de vingança das potências aliadas.

Com a capitulação da Alemanha, assina-se a Declaração, de 5 de junho de 1945, referente à “derrota da Alemanha e à tomada da autoridade suprema do país pelos aliados”, estabelecendo-se:

a) Os principais dirigentes nazistas designados pelos representantes aliados e todas as pessoas, a qualquer momento nomeadas ou designadas por seu grau, sua função, seu emprego, pelos representantes aliados como suspeitos de terem cometido, ordenado ou encorajado crimes de guerra

ou atos de violência análogos, serão detidos e postos à disposição dos governos aliados; b) Na mesma situação encontra-se qualquer nacional de quaisquer das Nações Unidas que seja acusado de ter cometido infrações às leis de seu país, e que possa a qualquer momento ser identificado ou designado em virtude de sua graduação, seu posto ou seu emprego pelos representantes aliados; c) As autoridades e o povo alemães submeter-se-ão a todas as diretivas estabelecidas pelos representantes aliados para a detenção e para que sejam postas à disposição tais pessoas (GONÇALVES, 2004, p. 73).

1.2.2 Tribunal Penal de Nuremberg e de Tóquio

O Tribunal Penal de Nuremberg é um marco na história da evolução do Direito Internacional, pois já sinalizava pela necessidade do estabelecimento de uma Justiça Penal internacional permanente. Apesar de um impulso que esse propósito teve com a instalação e os trabalhos do tribunal, o advento da guerra fria entre Estados Unidos e União Soviética retardou por mais de quarenta anos a realização do tão acalentado sonho, pois foi apenas com a criação do Tribunal Penal Internacional que efetivamente a humanidade passou a contar com uma Corte Penal permanente.

Muitas críticas foram feitas, e ainda o são, contra o tribunal. Talvez haja razão em boa parte delas, mas o que deflui do contexto histórico é positivo em termos de contribuição do Tribunal de Nuremberg para a consolidação da Justiça Penal internacional, que antes dele apenas ensaiava seus primeiros passos. Com efeito, é a partir do Tribunal de Nuremberg que surge a responsabilidade internacional individual no plano internacional, sendo que as disposições de seu Estatuto, fruto da colaboração entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, ainda que com alguma preponderância deste, influenciaram sobremaneira os estatutos dos tribunais penais que se seguiram.

Algumas características básicas, ressaltando-se evidentemente que não é objetivo deste trabalho a análise minudente do tribunal, podem ser extraídas.

Uma primeira delas é que predominaram as características do sistema da *Common Law*, tendo em vista a influência exercida pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, sendo que a França, ainda fragilizada, não conse-

guiu fazer prevalecer o sistema da *Civil Law*, nem tampouco a União Soviética (ZILLI, 2006, p. 42).

Ainda que o sistema *adversarial* não se confunda com a *Common Law* – havendo países do sistema da *Civil Law* que o adotam, certo é que exerce grande influência no sistema da *Common Law* e é predominantemente ali aplicado – referido sistema, muito pela influência, conforme visto, acentuada dos países de tradição anglo-saxônica, predominou nos julgamentos do Tribunal de Nuremberg, fato esse que causou grande problema na aceitação por parte de acusados acostumados a lidar com o sistema de base inquisitorial, como é o caso da Alemanha. Observa, contudo, Marcos Alexandre Zilli, que algumas características do julgamento fugiram ao modelo *adversarial* clássico, como a possibilidade conferida aos juízes de efetuarem perguntas diretamente às testemunhas, a ausência de júri popular, entre outras (ZILLI, 2006, p. 45).

Observa ainda Marcos Alexandre Zilli, que não se buscou um apego rígido à fórmula clássica do sistema *adversarial*, em que há um respeito acentuado ao direito de defesa, pois em ambos os tribunais não foram implementados os meios necessários para o exercício pleno do direito de defesa, valendo-se frisar a vedação à defesa de produzir provas quanto às atrocidades também perpetradas pelos países aliados durante a guerra, bem como a inexistência de dispositivo alusivo ao princípio da presunção de inocência (ZILLI, 2006, p. 44).

Algumas características do sistema implantado no Tribunal de Nuremberg: separação entre as funções de acusar e julgar, poder investigatório a cargo da acusação, confronto direto entre os sujeitos parciais e passividade dos julgadores (ZILLI, 2006, p. 142). Não obstante, algumas concessões foram feitas ao padrão continental: poder do Tribunal de intimar e de inquirir de ofício, poder de requisitar documentos e simplificação das regras probatórias, sendo admissíveis quaisquer meios de prova, desde que constatado o valor probatório (ZILLI, 2006, p. 143).

É importante frisar, novamente, que as principais características deste tribunal, bem como seus procedimentos de julgamento influenciaram as cortes penais internacionais posteriores.

No que tange ao Tribunal de Tóquio, não houve, como se sabe, uma discussão sobre seu Estatuto, seguindo-se, no mais, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

Referidos balizamentos foram muito importantes para a definição dos tribunais penais que se seguiram, inclusive do TPI.

Acrescenta, ainda, Antonio Cassese quatro consequências diretas deste tribunal para o desenvolvimento do Direito Internacional como um todo: 1º) pela primeira vez na história, instituições foram criadas para a perseguição e punição de crimes com dimensão internacional; 2º) novos crimes foram criados pelo Acordo de Londres – crimes contra a paz e crimes contra a humanidade –, os quais, ainda que tenham ou não ferido o princípio do *nullun crimen sine lege*, serviram para que tais crimes, a partir de 1945, tornassem-se proibidos pelo Direito Internacional costumeiro; 3º) esses tribunais, bem como outros após o conflito, contribuíram para o avanço do Direito Internacional, como, por exemplo, mediante a impossibilidade de se utilizar o recurso de defesa da “obediência hierárquica” e a possibilidade de perseguição de chefes de Estado; e 4º) um significado simbólico de uma justiça efetiva, permanente e politicamente descompromissada no sistema criminal internacional (CASSESE, 2005, p. 333).

Outras consequências podem ser também extraídas: 1º) o estabelecimento de um novo ramo do Direito Internacional, o chamado Direito Internacional Humanitário, diante das atrocidades cometidas pelos chamados crimes de guerra; e 2º) o novo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual ganhou grande relevo com a Corte Europeia e Americana de Direitos Humanos (GONÇALVES, 2004, p. 206).

Já o Tribunal Penal de Tóquio, ao contrário do Tribunal de Nuremberg, teve seu Estatuto estabelecido unilateralmente pelo administrador do Japão, General D. MacArthur.

O procedimento ali seguido foi bastante similar ao do Tribunal de Nuremberg, observando-se que a aplicação do *adversarial system* foi bastante prejudicial ao direito de defesa, na medida em que esta não tinha acesso aos dados coletados pela acusação, a não ser após a apresentação formal da acusação perante o tribunal (CASSESE, 2005, p. 383). Com efeito, muitos juízes que participaram do julgamento dissentiram abertamente de decisões majoritárias da corte, como também fizeram críticas abertas aos procedimentos ali adotados (CASSESE, 2005, p. 383-384).

Vários altos funcionários civis e militares foram submetidos a julgamento, mas se notou uma ausência importante, a do imperador, o qual,

apesar de admitir ter sido o responsável por muitas das agressões cometidas, não foi levado a julgamento.

Era composto por 11 juízes, sendo que dessa vez foram chamados juízes de países diversos do grupo dos “quatro grandes”. Assim, havia juízes da Holanda, Austrália, Índia, por exemplo.

O Estatuto do Tribunal previu a inclusão dos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade, havendo uma nítida diferença em relação ao Estatuto do Tribunal de Nuremberg, no que tange à guerra de agressão. Com efeito, o Tribunal de Tóquio previu como crime “o planejamento, a preparação, o início e a implementação de uma guerra declarada ou não”, ao contrário do Estatuto de Nuremberg que previra tão somente a guerra declarada, de modo a levar a julgamento os criminosos japoneses pelo ataque a *Pearl Harbor* (GONÇALVES, 2004, p. 203).

Um aspecto extremamente importante desse tribunal foi a possibilidade de recurso contra decisões da corte, daí o fato de que alguns pedidos foram encaminhados à Suprema Corte dos Estados Unidos (GONÇALVES, 2004, p. 204).

Um crime que foi previsto no Estatuto de Tóquio, mas que não constou no de Nuremberg, foi o crime de conspiração ou conivência dos líderes japoneses com os governos de outros países agressivos, como a Alemanha e a Itália. Isso porque, se fosse previsto, traria problemas à União Soviética, uma vez que conspirou ou foi conivente inicialmente com o governo nazista⁵.

1.2.3 Os Tribunais Penais para a ex-Iugoslávia, Ruanda e a gênese do TPI

Com o desfecho da guerra e o advento dos tribunais militares, esperava-se um incremento da Justiça Penal internacional, com o surgimento de uma Corte Penal Internacional. Entretanto, com a guerra fria, a possibilidade de tal criação permaneceu suspensa por longo período, ressurgindo tão somente com a queda do muro de Berlim e o fim da guerra fria.

5 O autor observa que, mesmo o Tribunal de Tóquio apontando esta falha, os julgamentos que se seguiram ao Tribunal de Nuremberg, na zona estadunidense, não alteraram no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, este aspecto quanto à impossibilidade de recurso para decisões dos tribunais instituídos por aquele Estatuto. (GONÇALVES, 2004, p. 204)

Os esforços da Comissão de Direito Internacional não lograram êxito, diante da dispersão dos trabalhos e da falta de empenho político para a efetivação da medida, em decorrência da guerra fria que já era uma realidade e que marcou a história até o ano de 1989.

O fim da guerra fria criou condições básicas para uma nova fase do Direito Penal Internacional, a saber: a) uma clara redução da mútua desconfiança entre os países; b) os países que se seguiram à extinção da URSS aceitaram os princípios básicos do Direito Internacional; c) uma crescente convergência de opiniões entre os membros do Conselho de Segurança da ONU; d) a fragmentação dos antigos blocos trouxe toda a sorte de problemas raciais, étnicos e de conflitos armados nos países que antes estavam ao abrigo de uma das potências mundiais; e) o incremento da doutrina dos direitos humanos, que passa a ser considerada como uma verdadeira religião secular e que enfatiza a punição de condutas que ofendam a dignidade humana e a punição de todos os que ofendam seriamente o Direito Penal Internacional (GONÇALVES, 2004, p. 335).

Foi parte desses problemas, consubstanciada em conflitos étnicos, que fez surgir a necessidade dos tribunais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, tendo sido criados ambos por decisões do Conselho de Segurança Nacional (Resoluções 827/93 e 955/94).

Paralelamente, contudo, prosseguiram os esforços pela criação de uma Corte Penal Internacional permanente.

Os esforços das Nações Unidas rumo ao estabelecimento de uma Corte Penal Internacional permanente podem ser definidos basicamente por dois aspectos principais: codificação dos crimes internacionais e elaboração de um esboço de estatuto dessa corte (GONÇALVES, 2004, p. 333).

A Organização das Nações Unidas encomenda então à sua Comissão de Direito Internacional, composta por juristas, a elaboração de um documento que viabilizasse a criação de uma Corte Penal Internacional permanente.

A proposta inicial, de 1994, da Comissão de Direito Internacional, consistia em alguns pontos: a) a corte teria jurisdição automática sobre o crime de genocídio, independentemente da ratificação ou não ao estatuto; e b) tão somente os Estados-parte do Conselho de Segurança da ONU é que poderiam dar início ao procedimento, bem como amplos poderes (GONÇALVES, 2004, p. 342).

Os trabalhos de elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional permitem deduzir três grandes grupos de países que trabalharam para a elaboração do mesmo: 1º) os países chamados de “mentes abertas”, que propugnavam por uma competência ampla da corte, dentre eles Canadá e Nova Zelândia, por exemplo; 2º) países componentes permanentes do Conselho de Segurança da ONU, com exceção da Inglaterra e da França, que se opuseram à jurisdição automática do tribunal e em relação à aplicação da jurisdição quanto a crimes de agressão, utilização de armas nucleares e violações de direitos humanos; 3º) países pertencentes ao sistema dos países não alinhados e que pressionaram pela inclusão dos crimes de tráfico internacional de entorpecentes, bem como se opuseram à concessão de poderes amplos ao Conselho de Segurança e à inclusão dos conflitos internos na competência da corte (GONÇALVES, 2004, p. 342).

Depois da criação dos Tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, observa Cassese certa fadiga do Conselho de Segurança de criar outros tribunais, dando mais importância a julgamentos mistos, compostos por juízes locais e internacionais e outras formas de solução dos conflitos (CASSESE, 2005, p. 340).

Os atuais tribunais mistos têm oferecido importantes soluções para os conflitos e punição de crimes internacionais, pois permitem a participação das autoridades locais no empenho de persecução, envolvem participantes conhecedores da realidade local e de seus costumes, possuem um cunho eminentemente pedagógico para as populações locais, asseguram julgamentos rápidos e permitem o desenvolvimento e o treinamento para a democracia das populações locais (CASSESE, 2005, p. 345) .

Os tribunais penais internacionais da ex-Iugoslávia e de Ruanda servem ainda como paradigma ao Tribunal Penal Internacional, pois examinaram questões fáticas e jurídicas controvertidas no âmbito do julgamento dos crimes internacionais e que também serão doravante analisadas pelo TPI.

1.2.4 Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementaridade

A principal característica do Tribunal Penal Internacional, em termos do presente trabalho, e que nos interessa de perto, já que diz respeito às

influências desta corte no âmbito interno, refere-se ao princípio da complementaridade, previsto no art. 17 do Estatuto de Roma.

Pelo princípio da complementaridade adotou-se uma fórmula de aplicação da jurisdição internacional permanente, em que esta é chamada a atuar apenas quando as instâncias internas não forem capazes de atuar satisfatoriamente.

Conforme acentua Marcos Alexandre Zilli:

Com tal mecanismo buscou-se estimular os Estados nacionais a cumprirem, por conta própria, com os compromissos e obrigações assumidos perante a comunidade internacional, na defesa e proteção de valores humanos e humanitários. Dessa forma, somente na hipótese de inércia dos sistemas nacionais, motivada por desídia política ou por impossibilidade prática, que a jurisdição internacional seria exercida (ZILLI, 2006, p. 56).

Certamente tal princípio reforçará aos Estados o dever de seguir os parâmetros internacionais de proteção de direitos humanos a fim de não ter suas ações reavaliadas pelo Tribunal Penal Internacional, mediante o julgamento de nacionais seus.

É por intermédio desse instrumento que se reforçará a participação de cada Estado-membro na construção deste novo modelo de justiça concebido pelo TPI, bem como influenciará esses mesmos Estados, inclusive o Brasil, a colocar-se em patamar de respeito aos direitos e garantias individuais a fim de não contrastar com o que restar estabelecido no Estatuto de Roma e que vincula, à evidência, o país.

1.3 O garantismo e a eficiência no Direito Processual Penal

Para falar sobre as influências do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro é imprescindível, como pressuposto, analisar brevemente a ideia de garantismo e de eficiência, núcleos esses sob os quais oscila o Processo Penal.

1.3.1 O garantismo

É possível identificar nitidamente, no Processo Penal, dois tipos de modelo que disputam a primazia nas legislações internas dos diversos

países e também nos procedimentos das diferentes cortes internacionais de Justiça.

De um lado, a doutrina da eficácia das normas penais repressivas e que propugna por uma otimização da aplicação da pena e da repressão, pura e simples, dos mais diferentes crimes. De outro, a teoria do garantismo penal, calcada em sólidos pressupostos filosóficos e humanísticos, que vê no processo não só um meio de repressão aos delitos, mas também forma de garantir ao homem um mínimo de segurança jurídica, ao saber que o Estado não poderá ir além dos limites da lei penal e processual para a repressão dos diferentes crimes. Já é clássica a sistematização de Ferrajoli quanto ao garantismo penal, dividindo em onze tópicos as condições necessárias para a atribuição de pena pelo Direito Penal, a saber: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa (FERRAJOLI, 2002, p. 73).

Daí retira os axiomas garantistas, formulados segundo implicações entre cada um dos termos da série e os termos posteriores, tratando-se de prescrições, não descrições do que ocorre. São prescrições deonticas ou normativas, constituindo uma verdadeira opção ético-política de aplicação do Direito Penal em situações estritamente definidas e controladas em lei (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Dez são os axiomas básicos do sistema garantista: 1) não há pena sem crime ou princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) não há crime sem lei ou princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) não há lei incriminadora sem necessidade ou princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4) não há incriminação sem ofensa ou princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) não há ofensa sem ação ou princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) não há ação sem culpabilidade ou princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) não há culpa sem juízo ou princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) não há jurisdição sem acusação ou princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) não há acusação sem comprovação ou princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) não há comprovação sem defesa ou princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75).

Até o sexto axioma têm-se garantias penais; a partir do sétimo, as garantias são eminentemente processuais. Tais axiomas, uma vez ordenados e conectados sistematicamente funcionam como verdadeira expressão linguística ou como modelo garantista de direito (Idem, p. 75).

Aponta Ferrajoli uma nítida conexão entre as garantias penais e as processuais penais, existindo nexos estruturais e funcionais, havendo uma recíproca dependência entre as mesmas, na medida em que não é possível a aplicação de uma garantia penal sem as garantias processuais, nem vice-versa (FERRAJOLI, 2002, p. 432).

Dentre esses axiomas, é extremamente importante o princípio da legalidade estrita, distinguindo-se do princípio da mera legalidade lata, visto que aquele exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal, tais como *nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione e sine defensione*. (FERRAJOLI, 2002, p. 76)

Ao passo que o princípio da mera legalidade lata é um princípio dirigido aos juízes, a impedir que seja considerado como crime qualquer conduta livremente qualificada como tal, o princípio da legalidade estrita é dirigido diretamente ao legislador, a determinar uma técnica precisa na definição dos crimes, consubstanciada na reserva absoluta da lei. Desse modo, vedam-se os termos indeterminados e imprecisos na definição dos crimes, pois quanto mais precisos forem os termos utilizados pelo legislador como pressupostos típicos abstratos para a configuração dos diferentes crimes, melhor se estará atendendo ao princípio da legalidade estrita. (FERRAJOLI, 2002, p. 77)

Seja por precariedade dos instrumentos linguísticos para a expressão das mais variadas ideias, seja por soluções de compromisso político, certo é que, não poucas vezes, a norma jurídica é vazada em termos vagos, incertos ou indeterminados, cabendo ao juiz o papel final de resolver e dar concretude a esta incerteza, na medida em que a prestação jurisdicional é incontrastável, devendo ser certa.

Por essa razão é que o garantismo penal, ao priorizar o princípio da legalidade estrita, garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratamente cominados, mediante a denotação taxativa dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. Acoplado ao princípio da

legalidade estrita há o princípio da jurisdicionariedade, ao qual corresponde a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais concretos, mediante a atividade judicial de observar as garantias processuais e os pressupostos da produção probatória. Atuam, assim, de forma conectada e indissociável. (FERRAJOLI, 2002, p. 77)

O enfraquecimento das garantias penais e processuais apresentadas pelo garantismo leva a uma indeterminação dos tipos penais abstratamente previstos, bem como aos tipos penais concretamente aplicados pelos agentes judiciários. Há, assim, uma dupla indeterminação: tanto quanto aos tipos penais abstratos, quanto aos critérios de produção e valoração probatória (FERRAJOLI, 2002, p. 79). Já nos sistemas que aplicam os pressupostos garantistas acontece exatamente o contrário, evitando-se o arbítrio e modelando-se o sistema penal segundo os critérios humanísticos e que historicamente serviram como alicerce ao garantismo penal.

Há como um movimento pendular entre os povos, pois em determinado momento – em razão de confluências políticas e históricas – um povo opta por uma legislação penal e processual mais fluída e menos propícia para a salvaguarda daqueles pressupostos da estrita legalidade mencionados acima. Em outra fase, o mesmo povo opta por um regime mais garantista, a romper com a linha da eficiência a qualquer custo.

Nos exemplos repressivos e próprios do Direito Penal máximo, o direito e o Processo Penal tornam-se instrumentos de pura prevenção de fatos delituosos, prescindindo-se da comprovação dos fatos e contentando-se com a mera suspeita (FERRAJOLI, 2002, p. 82), quando, na realidade, deveriam ser instrumento de repressão e conforme as regras da legalidade estrita e segundo a possibilidade de verificabilidade e refutabilidade.

Existe, portanto, um nexó profundo entre racionalismo e garantismo, na medida em que as intervenções do Direito Penal sejam previsíveis e possíveis de aplicação, desde que as decisões sejam motivadas e oriundas de um cognitivismo taxativo e que tenham em mira a “verdade formal” (FERRAJOLI, 2002, p. 84). Com efeito, ao passo que as opiniões interpretativas dos juízes devam referir-se às qualificações jurídicas dos crimes, sua livre convicção deve referir-se apenas às provas dos fatos do crime, ainda que exista uma confusão, em que muitas vezes os juízes aplicam a

livre convicção sobre as qualificações jurídicas e as regras interpretativas às matérias fáticas (FERRAJOLI, 2002, p. 87).

Nessa linha é possível identificar, ao analisar o garantismo e sua influência no Processo Penal, que esta é fundamental, uma vez que não há processo justo sem que sejam assegurados aos acusados direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana. É importante, pois, verificar quais as principais características do garantismo, suas implicações no Processo Penal e como pode ser equilibrado com a eficiência do Processo Penal, no sentido de maior eficácia na aplicação da lei penal, bem como quais os instrumentos que o cidadão pode ter à disposição para fazer frente ao Estado diante de uma investigação ou acusação penal.

A partir disso, não se pretende esmiuçar a teoria do garantismo, pois foge ao âmbito do estudo, mas sim verificar em que medida as influências do Processo Penal internacional podem ocorrer no Processo Penal brasileiro, sob o filtro do garantismo.

Retornando ao instituto do garantismo, pode-se dizer que Ferrajoli resumiu em sua obra fundamental, em poucas palavras toda a teoria:

Se num primeiro de nossos três significados a palavra 'garantismo' designa um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais, e no segundo designa uma teoria jurídica que permite a crítica e a perda de legitimação desde o interior das normas vigentes inválidas, no terceiro significado designa uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre a validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento. (FERRAJOLI, 2002, p. 105).

Diante de sua importância, algumas considerações merecem ser feitas.

O reflexo entre as garantias penais e processuais penais é a principal garantia processual, qual seja a da "submissão à jurisdição", que pressupõe uma estrita submissão à jurisdição e a estrita legalidade, havendo verdadeira ligação biunívoca entre ambas (FERRAJOLI, 2002, p. 432).

Assim, não seria possível falar em garantismo sem a presença de uma jurisdição lata e, ver-se-á, em seguida também de uma jurisdição estrita, tendo como fundamento o fato de que uma atmosfera de respeito aos direitos individuais somente será possível, na medida em que exista um ambiente objetivo e juridicamente propício a receber as demandas e de dispor da maneira mais justa possível. Em outras palavras, o Estado deve se aparelhar institucionalmente para permitir questionamentos à sua própria atuação, o que também é um direito econômico e social a sustentar o justo processo, conforme se verá adiante, mediante, por exemplo, o aparelhamento das defensorias públicas para atender aos primados do princípio da paridade de armas insito ao processo acusatório.

A submissão à “jurisdição em sentido estrito” relaciona-se à salvaguarda dos princípios basilares para o garantismo: *nullum iudicium sine accusatotione, sine probatione e sine defensione*, já a garantia à “jurisdição em sentido lato” implica respeito às teses *nulla poena, nullum crimen e nulla culpa sine iudicio* (FERRAJOLI, 2002, p. 433). Estas são as garantias básicas, ao passo que aquelas são um *plus*, que não está presente em todas as legislações, mas tão somente naquelas que adotam um efetivo Estado de Direito substancial⁶.

Apenas um Processo Penal cognitivo, e não decisionista, é apto a adotar um modelo de jurisdição em sentido estrito (FERRAJOLI, 2002, p. 434), em que os direitos fundamentais a uma acusação certa e adequada, ao manuseio dos meios de prova eficazes e ao exercício pleno do direito de defesa estarão assegurados.

Com efeito, o Processo Penal não se justifica apenas para a realização da persecução penal, já que diante da conexidade entre o Direito Penal e o Processo Penal, aquele não se aplica sem este, mas também como meio de salvaguardar as liberdades dos cidadãos em geral, inclusive dos acusa-

6 Destaca ainda Ferrajoli, em interessante passagem: “No Estado de Direito, ao invés, como se tem visto, as Constituições não se limitam a ditar as condições formais que consentem reconhecer o vigor “quod principi placuit”, mas estabelecem ainda *o que* ao príncipe não deve desagradar (ou agradar), isto é, os direitos invioláveis dos cidadãos cuja garantia é condição de validade substancial das normas por ele produzidas. “Nós não faremos nada”, diz o art. 61 da *Magna Charta* “para que qualquer parte destas liberdades seja revogada ou diminuída. Mas se tal coisa se verificar, deverá ser considerada nula e ilegal”. (FERRAJOLI, 2002, p. 702)

dos ou investigados, assegurando um equilíbrio entre a necessidade de defesa social e o garantismo. Daí que apenas um Processo Penal que se legitime pela correção e verdade de suas decisões está em harmonia com os paradigmas do garantismo⁷.

Nesse ponto, uma importante conquista do garantismo em matéria penal é o fato de que as decisões judiciais exigem uma motivação que deve não apenas ser baseada em fatos e em direito, mas, diferentemente de todas as outras normas e atos jurídicos, encontra sua validade e legitimidade na “correspondência aproximativa”, pois condicionada à verdade ou credibilidade, tanto quanto à matéria fática, quanto à matéria de direito (FERRAJOLI, 2002, p. 436). De fato, essa dupla vinculação da decisão penal, tanto fática quanto jurídica, encontra-se relacionada ao dever de verificar e de garantir a refutação (FERRAJOLI, 2002, p. 436).

Conforme bem acentua Ferrajoli:

Verificabilidade e verificação das motivações, como mostrei na primeira parte, são por outro lado as condições constitutivas da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição das decisões judiciais. E como tais valem para garantir aquele específico direito fundamental que interessa ao Direito Penal e que é a imunidade do cidadão inocente a punições arbitrárias. Disso resulta que o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de legitimação externa, ético-política ou substancial do Poder Judiciário (FERRAJOLI, 2002, p. 437).

7 De extrema importância, segundo Ferrajoli, a questão da legitimidade das decisões judiciais: “Por outro lado, o modelo cognitivo de Processo Penal, recebido apenas de modo sumário pela nossa constituição, confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem nem no valor político do órgão judicante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na *verdade*, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos. É evidente que o método acusatório, baseado no contraditório entre provas *per modus ponens* e refutações *per modis tollens*, é uma condição necessária (ainda que insuficiente) no modelo cognitivo. Segundo esse modelo, como se viu no primeiro e no terceiro capítulos, os atos jurisdicionais – incriminações, mandados, perícias, pareceres, buscas, requisições, sustentações, despachos e sobretudo sentenças – constituem-se na verdade de proposições assertivas, suscetíveis de verificações e refutações, e de proposições perscritivas, por aquelas “justificadas”, “legitimadas” ou “motivadas”. E isso exige procedimentos de controle para prova e contestação tais, que só podem ser garantidos por um processo de partes fundado no conflito institucional entre acusação e defesa” (FERRAJOLI, 2002, p. 435). Acerca da fundamentação das decisões judiciais e da legitimidade que essas obtêm da motivação, ver a obra *Motivação das decisões judiciais*, de Antonio Magalhães Gomes Filho, em que é esmiuçado o estudo da fundamentação das decisões judiciais.

Apenas essa busca incessante pela verdade e a garantia à refutação podem legitimar o ato jurisdicional, e não a investidura do juiz pela forma representativa, que nada acrescenta quanto à legitimidade⁸.

Como o direito não é um mundo natural, mas sim artificialmente criado pelo homem, é comum que os juízes se acomodem em um posicionamento formalista, sem atentar para as antinomias e lacunas existentes no sistema, o que se complica ainda mais pelo fato de que elas não podem ser afastadas a não ser por iniciativa dos poderes públicos (FERRAJOLI, 2002, p. 704).

Em outras palavras, cabe ao Estado, em primeiro lugar, dotar o sistema de instrumentos suficientes para que os cidadãos possam pleitear seus direitos individuais. Além disso, como pressuposto desses instrumentos está a jurisdição em sentido estrito e esta – para a efetiva consecução dos direitos individuais nos moldes do que propugna o garantismo – depende de juízes e juristas dispostos e preparados para uma avaliação substancial, e não apenas formal, das normas jurídicas em geral, valorando-as conforme as normas jurídicas superiores (FERRAJOLI, 2002, p. 701).

Outro aspecto essencial do garantismo é que este, nos Estados de Direito que, de fato, correspondam a um modelo de análise substancial do direito, conforme dito acima, é o da aporia da irreduzível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos, e que caracteriza este modelo de Estado como o único que admite a discussão, pelas vias sociais e juridicamente adequadas e colocadas à disposição de todos, de sua própria legitimidade (FERRAJOLI, 2002, nota 9, p. 696). Com efeito, isto nada mais é do que o reconhecimento do papel do direito das minorias, pois em matéria de existência não se pode deixar espaço ao esmagamento da minoria⁹. Na

8 Acrescenta Ferrajoli, em interessante passagem, que apenas o juiz tolerante às razões contrárias e que tenha a dúvida como ferramenta de trabalho, além da imparcialidade, serenidade acrescenta valor político e intelectual à sua profissão. (FERRAJOLI, 2002)

9 Ferrajoli critica a visão abstrata do direito, que prevê o respeito à lei, não importando o seu conteúdo, criticando, assim, a concepção hegeliana de Direito, bem como a visão de Luhmann, que afirma “autopoética”, ao passo que a correta seria uma visão heteropoética do direito: “Se o Estado”, escreve Hegel, é o espírito objetivo, então só como seu membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade’. Esta é uma solução não muito diferente daquela a que pertencem, desde outras premissas, muitas doutrinas realistas, dos teóricos da razão de Estado invocados no parágrafo 52 até à recente teoria sistêmica de Niklas Luhmann, o qual, promovendo uma reformulação do Estado como ‘sistema’ e da sociedade como ‘ambiente’, postula o primado do primeiro sobre a

medida em que o sistema admite a discussão da legitimidade de suas decisões, cria-se o pressuposto necessário para o garantismo.

A estrutura normativa desse garantismo, seja para concretizar os objetivos do acesso à jurisdição em sentido estrito, o princípio da legalidade, a legitimação do sistema como um todo e a possibilidade de deslegitimação do mesmo, consiste, consoante Ferrajoli, em uma estrutura que segue as seguintes principais características:

a) Por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura como normativo respectivamente àquele inferior, e como fático respectivamente àquele superior; b) pela incorporação das normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja obtemperação é condição da efetividade das primeiras e da validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela conseqüente ilegitimidade jurídica que, em qualquer medida, investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla mas não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento. (FERRAJOLI, 2002, p. 699)

Vê-se, assim, que esta estrutura normativa é de índole essencialmente dinâmica, na medida em que não apenas as normas inferiores encontram sua validade nas normas superiores, mas estas dependem daquelas, em termos de aquiescência, para tornarem-se efetivas, bem como as normas inferiores devem adotar os padrões determinados pelas normas superiores.

Conforme dito, o garantismo está dirigido tanto à negação de um valor intrínseco do direito, como também à sua crítica e transformação, o que confere ao direito um sentido axiológico e ético-político ou externo (FERRAJOLI, 2002, p. 709).

Portanto, verifica-se que a legitimidade do direito não se dá tão só externamente, nem tampouco por suas características internas e sistemá-

segunda, reduzindo tudo a uma espécie de lei biológica: a necessidade do sistema de sobreviver e se desenvolver, de dominar ou seu ambiente modificando-o, simplificando-o e em todos os casos rendendo-se às próprias instâncias funcionais". (FERRAJOLI, 2002, p. 690)

ticas, mas sim por processo dinâmico e complexo que depende tanto de medidas legislativas, como também executivas para dotar os cidadãos de instrumentos sociais capazes da crítica do sistema, além de juízes capazes de interpretar o direito de modo a adequá-lo aos princípios maiores da Constituição e de uma maneira cognitivista.

Para Ferrajoli parece claro que não existe legitimação *a priori*,

[...] mas apenas *a posteriori*, parciais, imperfeitas, contingentes e condicionadas: *a posteriori* em relação às conotações empíricas de todo o sistema; parciais porque relativas a normas singulares, ou institutos ou atividades de todo o ordenamento e nunca ao ordenamento no seu complexo; *imperfeitas* no sentido de que se pode falar de grau mais ou menos alto de legitimidade, mas jamais de legitimidade absoluta; *contingente* porque ligadas a este ou àquele aspecto do passado ou do presente de cada sistema, e nunca dos seus aspectos futuros; *condicionadas* porque dependentes da força e do grau de maturidade democrática dos sujeitos sociais e de sua capacidade de controle sobre os poderes, sejam públicos, sejam privados. (FERRAJOLI, 2002, p. 714)

Em última análise, um Estado que não preveja o respeito aos valores mínimos de convivência humana, tais como a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, acaba por legitimar comportamentos de desobediência política das leis¹⁰, o que pode acarretar a ruptura do sistema.

Todo o modelo do garantismo foi pensado e criado para controlar o Estado, mas existe todo um setor em que prevalece um verdadeiro vácuo de direitos e garantias fundamentais, a saber: os micropoderes e macropoderes selvagens (Idem, 2002, p. 746).

Essas situações, de verdadeiro vácuo normativo, referem-se às situações privadas das relações entre pais e filhos, entre superiores hierárquicos e inferiores nas empresas, nos quartéis, bem como em outras mil hipóteses de dependência que se fundam em aparatos burocráticos (Idem, 2002, p. 746).

Segundo Ferrajoli (2002, p. 764): “Violência, dinheiro, coações econômicas, carreiras, carismas, sujeições psicológicas formam em todo

10 Para um estudo mais completo dos limites à obediência das leis. Ver Ferrajoli (2002, p. 738-740).

caso o cimento destas relações, onde a lesão do valor da pessoa pode advir à margem de qualquer garantia jurídica possível”¹¹.

Na falta de controle, tal como os poderes públicos, os poderes privados tendem a abusar, tornando-se absolutos (MONTESQUIEU, 1996).

É interessante, ainda, observar que o grau de absolutismo vigente em determinada sociedade, como também na sociedade internacional, conforme se verá em seguida, relaciona-se com a quantidade e a importância dos espaços extrajurídicos que se criam na sociedade civil, com base em normas de legalidade formal, sem substancialidade, a conferir poderes absolutos ao pai, patrão, ao dirigente e situações semelhantes (FERRAJOLI, 2002, p. 747).

É o que se vê, por exemplo, em grandes áreas do Brasil, em que o poder exercido por espaços de extrajudicialidade, baseados em características próprias de nosso desenvolvimento econômico e social, permitem que senhores de terra, detentores de posições sociais e familiares, detenham poderes absolutos sobre empregados, seguidores ou simplesmente familiares.

A democracia substancial, conforme se falou antes, depende necessariamente do alargamento da participação e intromissão do Estado nessas situações de micropoder, que são extremamente nefastas aos direitos e garantias individuais.

1.3.2 A eficiência

O Processo Penal, como o Direito Penal, tem uma finalidade externa de promoção do primado da realidade, a fim de assegurar o respeito à lei penal e sua aplicação, de modo a trazer a todos a segurança jurídica, ao lado da justiça, uma das finalidades últimas do direito.

Essa finalidade externa está indissociavelmente ligada à questão da segurança social, exigida por todos, a fim de que se possa viver tranquilamente em sociedade, mediante o afastamento do convívio

11 Ressalta, ainda, em interessante passagem, que nos Estados Unidos, em 1875, o único modo que um grupo de vizinhos teve para impedir maus-tratos aos quais uma criança estava sendo submetida, foi recorrer às normas de proteção dos direitos animais, cf. E. Garcia Mendez, *Para uma história del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales del control social*, no prelo apud L. Ferrajoli (2002, p. 764).

social daqueles que não se amoldem às convenções sociais alçadas à categoria de crime. A esses, uma vez comprovado o crime, a resposta, segundo esse aspecto semântico do termo “eficiência”, é que se aplica o aparato penal.

O direito à segurança social, amplamente considerada, pode ser extraído do art. 5º, *caput*, da CF.

Portanto, em que medida pode a segurança social ser tida como sinônimo de eficiência?

Assim, para tratar da eficiência, é preciso especificar melhor o termo, a fim de evitar imprecisões terminológicas.

O termo “eficiência”, segundo definição de Caldas Aulete, é: “ação, atividade, força, virtude de produzir um efeito; eficácia: os edifícios destinados ao ensino superior técnico se mostram quase concluídos, e em condições de vastidão, *eficiência* e dignidade (Agost. Campos, *Fé no Império*, c. 47, p. 308, ed. 1935. F. lati. *Efficientia*)”.

O mesmo dicionário, quanto à palavra eficiente traz a seguinte definição:

[...] *adj.* (filos.) que produz eficientemente o seu efeito: princípio ou causa *eficiente*: Aqueles vínculos... foram a causa *eficiente* da morte de Beatriz de Noronha (Camilo, *Estrelas Funestas*, III, *concl.*, p. 284, ed. 1869). *Complemento de causa eficiente* (gram.) aquele que nas orações passivas indica o agente da ação expressa pelo verbo, e na voz ativa é o sujeito. Neste exemplo – O dinheiro foi gasto por eles – *por eles* é o complemento da causa eficiente. F.lati. *Efficiens*. (AULETE, 1958, p. 1611).

A melhor definição é aquela emprestada por Antonio Scarance Fernandes, para quem a eficiência deve ser sempre vista como um meio (FERNANDES, 2007), seja para a consecução de uma finalidade interna no processo, seja o próprio processo considerado como meio para a consecução da finalidade externa de garantir a segurança social, por exemplo.

De certo modo, a definição de Caldas Aulete, quanto ao termo “eficiente” traz o mesmo sentido semântico.

Assim, a eficiência pode ser analisada em relação a um ato capaz de produzir seus resultados, isto é, de um meio de prova, um meio de investigação ser capaz de produzir o efeito a que se destina, por exemplo, ou ainda a eficiência do ato de citação como capaz de provocar o efeito de ciência ao acusado da imputação que lhe é produzida (FERNANDES, 2007, p. 9).

A efetividade pode ser vista, ainda, sob outro aspecto, como o processo sendo meio também, não apenas de produzir a aplicação da lei penal e de garantir a segurança social, mas também de fazer respeitar os direitos fundamentais. Assim, só seria possível falar em Processo Penal eficiente, se o mesmo for também garantista. Nesse caso, o princípio da eficiência englobaria o princípio do garantismo.

Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 222) acentua que a eficácia do processo significa a eficiência quanto à persecução penal e a efetividade das garantias processuais. Mais adiante, no mesmo texto, acentua a autora que a efetividade pode ser vista sob o enfoque instrumental do sistema processual a serviço dos escopos da jurisdição (GRINOVER, 1998, p. 241). Assim, portanto, dá outro aspecto semântico ao termo, diferente, uma vez que mais amplo, do que aquele apresentando antes.

Pode-se ainda falar, segundo acentua Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 5), em eficácia e efetividade, sendo a primeira a qualidade do resultado alcançado e a segunda é também a qualidade do resultado qualificada pelo sucesso no atingimento dos objetivos esperados.

Já a eficiência, conforme visto, refere-se às qualidades do meio utilizado para uma determinada finalidade (FERNANDES, 2007, p. 5).

Aponta o autor a diferença entre eficiência, eficácia e efetividade, nos seguintes termos:

Será eficiente o sistema legal composto por procedimentos que assegurem a todos os participantes do processo oportunidade para atuarem em consonância com as suas missões específicas e, no tocante às partes, que proporcionem os meios para exercerem suas atividades, defenderem seus direitos e fazerem respeitar as suas garantias. A maior ou menor eficácia do processo dependerá de como ele, concretamente, assegurou tudo isso aos sujeitos que nele atuaram. A análise da efetividade vai além. Haverá efetividade quando o processo produziu o que se espera como objetivo final do Direito Processual Penal e do próprio direito: a realização da justiça, a assecuração do bem comum, a pacificação social (FERNANDES et. alli, 2009, p. 11).

A efetividade, portanto, relaciona-se ao Processo Penal como um todo sendo meio para a garantia da segurança social.

Essa finalidade, que pode ser tanto interna quanto externa ao Direito, conforme Humberto Ávila (2007, p. 164), em relação ao Processo Penal

pode significar a idoneidade de um determinado ato processual para produzir determinada finalidade intrínseca ao processo propriamente dito, como também uma finalidade maior de segurança social, daí a expressão eficiência em um sentido lato.

Referidos efeitos externos não são propriedades ínsitas ao processo, mas são finalidades inerentes ao Estado, as quais possuem uma dimensão extrajurídica (ÁVILA, 2007, p. 164).

Para os fins da presente pesquisa, prefere-se utilizar a eficiência neste sentido lato, ou seja, como finalidade externa ao ato processual propriamente dito, a significar, pois, quais os objetivos extraprocessuais a serem atingidos pelo Estado, por intermédio de sua atividade persecutória, pois, nesta hipótese, e apenas nesta, será possível manter incólume a carga semântica do termo garantismo, ou seja, não esvaziá-la.

É claro que o princípio da proporcionalidade, no qual é ínsita a ideia de um meio para o alcance de determinada finalidade (ÁVILA, 2007, p. 162), será o instrumento de análise e de equilíbrio entre os meios para o atingimento dos fins, sejam esses internos ou externos ao processo. Em outras palavras, o processo nunca poderá ser um meio desproporcional para alcançar os resultados últimos de segurança social, admitindo-se, por exemplo, o emprego da tortura como meio de prova, nem um determinado ato processual poderá ser desproporcional quanto à sua finalidade específica.

Assim, em última análise a eficiência poderia ser vista de forma funcional, na medida em que há uma relação de proporcionalidade entre os meios e os fins, fora do que não há processo, não há garantias, apenas barbárie.

O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo é a finalidade última do Processo Penal, a quintessência de sua perfeição, aquilo a que todos buscam.

Referido equilíbrio não é tarefa fácil de ser alcançada, principalmente porque não são poucos os exemplos de influências no Processo Penal de uma ideologia que propugna por respostas mais duras à criminalidade, não importando os danos causados aos direitos e garantias individuais.

1.3.3 A eficiência e as garantias ante a Justiça Penal internacional

Existe uma relação entre eficiência e as garantias processuais com a Justiça Penal internacional e suas características específicas, diante das peculiaridades desta, notadamente da necessidade de legitimação perante as nações em geral, que faz presente, portanto, a necessidade de um maior rigor na aplicação das normas internacionais nesta matéria.

Assim, talvez ocorra, no âmbito internacional, um fenômeno diferente do que ocorre no plano interno dos países, ou seja, o garantismo ali tem uma faceta muito mais voltada aos interesses das vítimas e da comunidade internacional em geral do que do acusado propriamente dito. Conforme visto acima, existe um sincretismo entre garantismo e eficiência, sendo que no plano internacional esse sincretismo é evidente, pois não há falar em garantismo no plano internacional sem a efetividade da lei penal internacional.

No âmbito dessas normas processuais internacionais aplicáveis aos tribunais penais internacionais, a dialética entre garantismo e eficiência não se dará da mesma forma com que ocorreu no plano interno dos países.

Primeiro, porque o modelo internacional institucionalizado de justiça ainda carece de uma legitimação que o direito interno já alcançou, desde o advento do Estado moderno.

Segundo, porque as características dos crimes internacionais, geralmente extremamente graves, praticados por pessoas muito bem inseridas na estrutura estatal dos países, e a distância geográfica dos tribunais responsáveis pela punição estão a exigir mecanismos eficientes para a aplicação da lei, ensejando uma outra maneira de equilibrar o binômio garantismo e eficiência.

No caso dos macropoderes, conforme pensamento de Farrajoli, e que encontra na Justiça Penal internacional, em que ocorre uma legitimação horizontal dos entes, não vertical, um exemplo de macropoder ainda destituído de controle suficiente, parte-se para o plano dos Estados inseridos na sociedade internacional cujos representantes vêm a praticar crimes como os de genocídio, crimes contra a humanidade e toda a sorte de atentados à paz internacional.

Tais macropoderes estão ainda mais desregulados do que os chamados “micropoderes”, mas é possível visualizar nítidas semelhanças entre ambos.

Em matéria de macropoderes, é importante notar que o garantismo vai ao encontro da efetividade da lei penal, vista como impedimento à impunidade, que só se manifesta pela aplicação da lei processual no plano internacional¹².

O garantismo surge, portanto, como a única via de acesso de toda a sorte de pessoas vitimadas pelos abusos dos macropoderes, a um sistema de jurisdição cuja incipiência é manifesta.

Nesse aspecto, ou seja, do ponto de vista da aplicação da norma penal internacional, há uma dupla função do garantismo, não apenas como forma de garantir os direitos individuais dos acusados ou investigados em geral, como também de assegurar o acesso de vítimas em escala planetária e difusa à aplicação da lei internacional contra os reais infratores e que atuaram sob o manto protetor de seus Estados.

Despe-se, assim, o garantismo de sua preocupação clássica de defesa dos direitos individuais de acusados e investigados e que está bastante sedimentada em muitos países, quanto às relações de governantes e governados, e passa a vestir uma nova indumentária para fazer frente às novas exigências que se estabelecem a partir do surgimento de uma nova ordem jurídica internacional em que se dá a responsabilidade individual e estatal por danos aos direitos humanos e por crimes internacionais praticados.

Isso ocorre em consequência de um novo paradigma do Direito Internacional, que deixa de ser meramente um direito entre Estados para ser um direito que também proteja os indivíduos, na medida em que as mesmas inseguranças existentes no relacionamento desses com seus Estados, individualmente considerados, podem ser verificadas entre os indivíduos e a sociedade internacional como um todo, tendo em vista a existência de populações inteiras que vivem sob regimes ditatoriais, sem falar em outras situações que envolvem a possibilidade de uma catástrofe nuclear,

12 Ferrajoli (2002, p. 749) cita o caso da Argentina, em que a primeira decisão da democracia foi a de processar os generais assassinos e torturadores.

os problemas ambientais e a desigualdade entre países pobres e ricos (FERRAJOLI, 2002, p. 751).

É a soberania, portanto, a grande vilã da tentativa de regulação internacional desses problemas vitais (Idem, p. 751) para a sobrevivência da humanidade, mormente em matéria de direitos humanos e crimes internacionais.

É preciso, pois, criar uma nova hipótese de Direito Internacional, com base em valores que ultrapassem a soberania dos povos e fundado nos valores da paz e dos direitos fundamentais universalmente aceitos (Idem, p. 752).

O papel dos juristas neste novo cenário é remodelar as técnicas até agora vigentes, que envolvem não apenas aspectos técnicos, mas também fáticos, pois nenhuma garantia jurídica pode reger-se apenas por normas (Idem, p. 752).

Evidencia-se, ainda, que as novas técnicas jurídicas a serem aplicadas neste novo âmbito do Direito dependem de uma visualização diferenciada, sendo imprescindível um olhar variegado a esta nova realidade multifacetada que se descortina no cenário internacional e cuja análise, do ponto de vista processual penal, procurar-se-á fazer neste trabalho.

Não se pode, contudo, perder de vista que, sob outro prisma, as normas internacionais e as decisões internacionais, em matéria de Processo Penal, podem influenciar, em termos garantistas, o Processo Penal interno brasileiro, no que diz respeito aos direitos individuais dos suspeitos e acusados em geral.

Assim, as diferentes questões a serem estudadas serão balizadas por esses limites garantistas oferecidos pelo Processo Penal internacional.

As influências internacionais no Processo Penal brasileiro são, como se verá, de toda ordem, desde a exigência de instrumentos mais eficientes no combate ao crime organizado, à lavagem de dinheiro, aos direitos das mulheres, por exemplo, como na linha garantista, pela enunciação internacional de princípios reconhecidos por cortes internacionais, no sentido de um maior respeito a determinados direitos individuais.

Pretende-se, ao longo do presente trabalho, demonstrar tais influências e suas principais características.

1.4 A necessária influência do Processo Penal internacional e suas principais características

1.4.1 Estágio embrionário da Justiça Penal internacional

Aos poucos, vai-se firmando um modelo de justiça internacional que engloba todos os Estados e as instituições internacionais, tais como os tribunais internacionais, na atividade de aplicação de normas processuais penais internacionais.

Entretanto, apesar de tribunais internacionais terem surgido, com a finalidade de atuar no processamento e punição dos responsáveis por crimes internacionais, trazendo consigo inclusive um novo modelo de justiça, bem como de cooperação internacional, ainda se está em estágio embrionário da Justiça Penal internacional, na medida em que o princípio da soberania interna dos países ainda é muito forte e os Estados ainda não se encontram inteiramente amadurecidos para relativizarem-na.

Assim, não se sabe até que ponto se poderá esperar que o Tribunal Penal Internacional consiga legitimar-se perante os Estados-parte, de modo a possibilitar uma plena cooperação em todos os níveis, notadamente no campo da produção probatória e cumprimento de decisões, de modo a tornar mais eficiente a atuação do Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, percebe-se que os exemplos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia revelam que a cooperação do Estado é tanto maior quanto o empenho para a solução de conflito interno, uma vez que a criação daquele tribunal deveu-se a um esforço do Conselho de Segurança da ONU na solução do conflito.

Assim, o que se observou, portanto, foi uma influência política vertical do Conselho de Segurança da ONU, que tinha interesse na solução do problema.

Já, quando se fala em um Tribunal Penal Internacional, em que a adesão dos países dá-se no plano multilateral, tem-se exemplo clássico de coordenação na formação do ente internacional, sendo que o exercício da soberania e todas suas implicações ainda se fazem presentes de maneira muito acentuada.

A maior ou menor influência desse novo tipo de justiça sobre os países, em geral, e a maneira pela qual ocorrerá o desenvolvimento da Justiça Penal internacional rumo a uma crescente institucionalização estão diretamente relacionadas à relativização do conceito de soberania, tal como, aliás, já ocorre na União Europeia.

Lembre-se ainda, tal como observa Herbert Hart, que o conceito de soberania nunca esteve ligado a um exercício de poder de fato independentemente do Direito, mas muito mais como um exercício de independência e sempre relacionado a determinados limites.

Observa o autor:

Isto porque a palavra 'soberano' não significa aqui mais do que 'independente'; e, como esta última palavra, tem um valor negativo: um Estado soberano é um Estado não sujeito a certos tipos de controle e a sua soberania é aquele domínio da conduta em que é autônomo. Uma certa medida de autonomia é implicada, como vimos, pelo próprio significado da palavra Estado, mas a afirmação de que este 'deve' ser limitado ou 'pode' só ser limitado por certos tipos de obrigação é, na melhor das hipóteses, a afirmação de uma pretensão de que os Estados deveriam ser livres de todas as outras restrições e, na pior das hipóteses, é um dogma não racional (HART, 2007, p. 239).

Em outra passagem interessante, discute ainda o autor se seria possível atribuir o conceito de Direito ao que ocorre no plano internacional; em outras palavras, se seria possível afirmar a existência de um Direito Internacional, na medida em que inexistem, no plano internacional, instituições com poder de aplicar coercitivamente as normas primárias existentes:

A ausência destas instituições significa que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta apenas de regras primárias de obrigação, a qual, quando a descobrimos nas sociedades de indivíduos, nos acostumamos a contrastar com um sistema jurídico desenvolvido (HART, 2007, p. 230).

O Estado moderno tornou-se, com efeito, demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes (FERRAJOLI, 2004, p. 150), havendo inúmeras questões, tais como a questão climática, por exemplo, e a referente à responsabilização de crimes internacionais e transnacionais, que demandam o arrefecimento da soberania.

De todo o explanado, neste item, podem ser tiradas as seguintes conclusões: 1º) No plano do Direito Internacional ainda se está nos primeiros estágios de desenvolvimento rumo à consolidação de um modelo institucionalizado, tal como existia nos primeiros momentos de desenvolvimento do Estado Moderno e como ainda existem em estruturas sociais simples; 2º) O desenvolvimento desta nova estrutura internacional, em que novos tribunais, tal como o Tribunal Penal Internacional se instauram, dependerá de como os Estados serão capazes de relativizar o conceito de soberania rumo à consolidação gradual do novo modelo; e 3º) A velocidade com a qual ocorrerá a referida consolidação dependerá dos interesses políticos e econômicos dos Estados envolvidos.

1.4.2 Incorporação da legislação internacional pelos Estados Nacionais

Não se pretende relacionar as diferentes formas de incorporação da legislação internacional pelos diferentes países, pois fugiria ao objetivo de estudo, mas se apresenta importante tecer alguns comentários sobre as principais formas de implementação e suas técnicas de operacionalização.

Observa Cassese que o sistema internacional não é uniforme no que se refere à transformação de normas internacionais em normas internas dos países, ressaltando que isso ocorre como consequência do fato de considerarem que esse procedimento é parte de suas soberanias internas (CASSESE, 2005, p. 220).

É possível identificar quatro mecanismos de implementação da legislação internacional pelos países, a saber: a) sistema de incorporação automática de normas internacionais; b) sistema de incorporação legislativa *ad hoc*. Este sistema subdivide-se em sistema de incorporação legislativa *ad hoc* condicionado e sistema de incorporação legislativa *ad hoc* automático¹³.

13 Note-se que textualmente os sistemas estão assim divididos: *automatic standing incorporation of international law*, *legislative ad hoc incorporation of international rules*, *statutory ad hoc incorporation of international rules* e *automatic ad hoc incorporation of international law*. Cassese, na realidade, divide os sistemas em dois e subdivide o segundo *legislative ad hoc incorporation of international rules* em *statutory ad hoc incorporation of international rules* e *automatic ad hoc incorporation of international law*. Preferimos, por maior clareza, seguir a forma indicada pelo autor e a tradução não corresponde textualmente ao indicado pelo autor, uma vez que, no vernáculo, pensamos que os termos “condicionada” e “automática” indicam melhor a ideia subjacente e que se pretende explicitar. (CASSESE, 2005, p. 220-221)

Pelo primeiro, a incorporação ocorre independentemente de qualquer outra providência do Direito interno, desde que o tratado esteja publicado no órgão de publicação oficial. Por esse sistema, existe um ajuste automático entre a ordem interna e a ordem internacional.

Pelo segundo, o mecanismo de incorporação depende da participação do Parlamento, que pode ocorrer, mediante a especificação detalhada, pelo Parlamento, das várias obrigações, poderes e direitos previstos na norma internacional, que é a hipótese da incorporação legislativa *ad hoc* condicionada e mediante uma simples declaração oficial do Parlamento de que o tratado deve ser cumprido, sendo que o seu texto fica constando em anexos (CASSESE, 2005, p. 221).

Dependendo do maior apego que possa determinado país emprestar à sua soberania, menor será a aplicabilidade concedida às normas internacionais.

A circunstância também que leva os países a considerar a participação dos Parlamntos na implementação das normas internacionais consiste no fato de que apenas a autoridade executiva, geralmente, participa das negociações e conclusões de tratados, estando o Parlamento, que em última análise representa a vontade popular, alijado do processo.

Ainda que tal argumento não sirva para afastar a vinculação internacional de determinado Estado ao Direito Internacional, à vista do princípio do *pact sunt servanda*, já oficialmente reconhecido pela Corte Internacional de Justiça, verdade é que, do ponto de vista do Direito Constitucional desses países, o argumento é forte, tanto assim que a maioria dos países prevê algum tipo de participação do Parlamento neste processo de implementação das normas internacionais no direito interno.

A Espanha, em interessante interpretação de seu Conselho de Estado, estipulou que a autorização do Parlamento é necessária, tendo em vista o disposto no art. 94 de sua Constituição, para a realização de tratados ou quaisquer outras formas de acordos internacionais, quando se referirem a: a) tratados de natureza política; b) tratados ou acordos de natureza militar; c) tratados ou acordos que afetem o território do País; d) tratados ou acordos que impliquem importantes obrigações ao tesouro; e e) tratados ou acordos que envolvam a modificação de algum tipo de lei ou requeiram a interposição legislativa para sua execução (CASSESE, 2005, p. 235).

Regra geral, contudo, é que os países não preveem a participação do Parlamento neste processo que antecede a elaboração de tratados.

Observa ainda Cassese que a inclinação dos países por um sistema do tipo “implementação legislativa *ad hoc*” ocorre muito mais por uma preferência em não se deixar prender formalmente por normas internacionais, do que por uma antipatia em relação a essas mesmas normas. Em outras palavras, os Estados preferem não ficar de “mãos atadas” previamente, mas sim manter certa liberdade pela implementação das normas internacionais (CASSESE, 2005, p. 236).

É importante para efeito de diferenciar o conteúdo das normas oriundas de tratados internacionais, ressaltar que as mesmas podem ser autoaplicáveis e não autoaplicáveis. Segundo Cassese, para a primeira hipótese, é preferível o sistema de aplicação automática, sendo que, para a segunda, é preferível o sistema de aplicação mediata com a participação do Parlamento para a sua implementação, até porque essa participação tende a tornar mais efetiva a norma internacional (CASSESE, 2005, p. 237).

1.4.3 Os parâmetros internacionais garantistas

Atualmente há no mundo, predominantemente no ocidente, instituições, principalmente multilaterais, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos, dentre outras, cujas normas e decisões têm consolidado alguns paradigmas que já repercutiram, por exemplo, na criação do Tribunal Penal Internacional e têm também influenciado os diferentes países que se encontram sob as suas jurisdições.

Isto resulta ainda mais importante, quando se percebe uma crescente evolução rumo à consagração dos direitos humanos como direitos pertencentes a um núcleo essencial de normas internacionais, caracterizando-os, pois como *jus cogens* internacional.

Segundo André de Carvalho Ramos:

Consolidou-se o reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano como parte do ‘*jus cogens*’ internacional. Destarte, os direitos humanos constituem o núcleo essencial de normas que compõe o ordenamento jurídico internacional contemporâneo e, conseqüentemente, a norma de

direitos humanos é norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico internacional, quer seja pelo critério material (conteúdo) ou pelo critério formal (norma de *jus cogens*) (RAMOS, 2008, p. 464).

Assim, uma vez reconhecidos com essa faceta e tendo em vista sua positivação em tratados e convenções internacionais, sua eficácia há de ser plena no direito interno dos países, independentemente da legislação interna, que deverá se amoldar à norma internacional, em verdadeiro “efeito negativo” ou surgir do nada, caso o Estado ainda não tenha produzido norma interna a respeito do direito consagrado no plano internacional ou ainda adequar sua legislação interna ao padrão internacional, hipóteses em que se fala em “efeito positivo”.

É importante ainda frisar que os próprios tribunais internacionais devem reger seus procedimentos por padrões internacionalmente consagrados de respeito aos direitos humanos, a fim de que os Estados não se sintam forçados ao desrespeito às normas internacionais, à vista de serem menos garantistas do que as normas do direito interno.

A grande maioria dessas normas internacionais, em matéria de direitos humanos, são de natureza processual penal e daí a influência que exercem no âmbito do Processo Penal interno dos diferentes países.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, insere-se nessa tendência de atribuir um tratamento especial, no plano interno, às normas de direito e garantias individuais consagradas internacionalmente (TRINIDADE, 2003, p. 513).

Para Flávia Piovesan, é inclusive um dos argumentos a justificar que os tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, ingressem em nosso sistema como normas constitucionais:

[...] os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados. (PIOVESAN, 2000, p. 169-170)

A nossa Constituição não foi, entretanto, tão longe quanto à Constituição do Peru, de 1978, que em seu art. 105, determinava que os tra-

tados de direitos humanos possuíssem força constitucional, mas que foi modificada posteriormente pela Constituição de 1993, nem tampouco quanto à da Guatemala, de 1985, que no art. 46, estabelece que os tratados de direitos humanos têm preeminência sobre o direito interno (TRINDADE, 2003, p. 510).

Assim, é possível apreender que a forma pela qual as ordens internas admitem os influxos garantistas vindos do exterior varia; entretanto, conforme acentua Antonio Augusto Cançado Trindade:

[...] os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana (TRINDADE, 2003, p. 516).

Essa ordem internacional, contudo, não deixa de outorgar, primeiro às ordens internas dos países, o papel fundamental e prioritário de enfrentar as questões relativas às ofensas aos direitos humanos, e tão somente nas hipóteses de omissão ou de incapacidade manifesta de assim proceder é que se admite o recurso à ordem internacional. Trata-se do princípio da complementaridade, que funciona como ferramenta fundamental de equilíbrio entre a ordem interna de um país e a ordem internacional.

Nessa linha, os tratados de direitos humanos conferem aos Estados em geral um papel importante na observância de suas normas, na medida em que atribuem aos tribunais internos o papel de esgotar as matérias referentes a direitos humanos e tornar eficazes as normas sobre tal matéria (TRINDADE, 2003, p. 517).

Com efeito, trata-se de uma forma de organicidade pela qual são veiculadas as normas de direitos humanos nos tratados internacionais, as quais preveem a necessidade de supervisão de sua aplicação pelos tribunais internos dos diferentes países, como filtro inicial e indispensável para a análise e controle de eventuais ofensas ao que tiver restado pactuado (Idem, p. 517). Referida característica de organicidade dos tratados de direitos humanos e que os singulariza, sendo também importante para diferenciá-los dos, por exemplo, tratados de cunho meramente bilaterais entre dois Estados, de índole negocial.

Assim, os tratados de direitos humanos, por envolverem o controle de sua aplicação, possuem natureza distinta dos demais tipos de tratados, e isso é também um fator importante para a diferenciação e que os privilegia, no que tange à supremacia em relação ao direito interno, podendo-se dizer tratar-se de verdadeiras **normas de proteção** (TRINDADE, 2003, p. 104).

Os Estados não podem desconhecer as normas internacionais sobre direitos humanos às quais se vincularam, sendo que poderão ser responsabilizados internacionalmente por falhas ou omissões no cumprimento das mesmas, ressaltando-se que tais falhas poderão não só ser praticadas pelo Executivo de cada país, como também pelo Legislativo e pelo Judiciário (Idem, p. 518).

Assim, portanto, não há, na medida em que determinado Estado adira às proposições internacionais em matéria de direitos humanos, como fugir às influências da norma internacional e às atribuições fiscalizatórias dos órgãos internacionais organizados para esse mister e previstos nos respectivos tratados.

Fala-se inclusive na responsabilidade individual do agente estatal responsável pela violação de direitos inderrogáveis, por exemplo, direito à vida, a não ser submetido à tortura ou à escravidão, a não sofrer aplicação retroativa de penas, nos mesmos moldes em que se fala em responsabilidade internacional de agentes estatais por crimes internacionais, e não apenas da responsabilidade dos Estados (Idem, p. 522).

A Corte Interamericana, por exemplo, exerce um papel importante na influência dos diferentes países membros, no sentido de se amoldarem aos padrões internacionais em matéria de direitos humanos ditados pela Convenção. Atua mediante petições de pessoas, efetuando uma triagem, após a qual as questões contenciosas mais relevantes são encaminhadas à corte.

Exerce ainda um papel preventivo, mediante a elaboração de relatórios e de visitas *in loco*, verificando-se que, em decorrência da atuação da Corte e de sua Comissão, conforme acentua Antonio Augusto Cançado Trindade (2000, p. 118): “foram criados ou fortalecidos mecanismos de proteção no ordenamento jurídico interno ou nacional”.

Além desses instrumentos que visam, por um lado, evitar conflitos entre a ordem internacional e a ordem interna dos Estados e, por outro, exercer um controle sobre a aplicação das normas internacionais em ma-

téria de direitos humanos nos Estados, existe o princípio de que eventuais limitações ou restrições ao exercício desses direitos, devem receber uma interpretação restritiva em favor desses últimos, admitindo-se exceções tão somente em situações absolutamente necessárias (TRINDADE, 1996, p. 14, 16 e 17).

Assim é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de reconhecer no parecer sobre *habeas corpus* sob suspensão de garantias (1987), que “garantias judiciais indispensáveis”, como o *habeas corpus* não podem ser suspensas pelos ordenamentos jurídicos dos Estados, mesmo em situações de emergência (TRINDADE, 1996, p. 17).

Uma regra importante que tem se consolidado com a construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos e que reflete diretamente na ordem interna quanto às normas processuais penais é a “primazia da norma mais favorável à vítima”, tratando-se da solução adotada por inúmeros tratados internacionais e que, nos dizeres de Antonio Augusto Cançado Trindade rompe com a discussão entre a teoria monista e dualista, na medida em que, na hipótese de conflito, há de prevalecer sempre a norma mais favorável à vítima das ofensas aos direitos humanos, nos termos em que preceitua o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, criando uma ferramenta essencial de coordenação entre os planos interno e externo e impedindo o retrocesso na matéria (Idem, 2003, p. 544).

Referido princípio significa indiscutível evolução rumo à consolidação de paradigmas mínimos de respeito aos direitos humanos diretamente aplicáveis às normas processuais penais, uma vez que prenes de normas protetivas aos direitos humanos, com a consequência direta de que, na hipótese de conflito entre normas do Direito Interno e Internacional ou, em caso de lacunas, deve sempre prevalecer a norma mais favorável à vítima.

Vale a pena comentar algumas decisões já tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e que já influenciaram alguns ordenamentos jurídicos na América Latina, a demonstrar que a influência existe.

Assim, no caso *Suárez Rosero versus Equador* (mérito, 1997), a Corte entendeu que o art. 114 *bis* do Código Penal equatoriano, que retirava garantias processuais importantes, como o tempo da duração da prisão, por

exemplo, violava no art. 2 c.c. art. 7.5, da Convenção Americana, mesmo que a norma não tivesse sido aplicada ao caso concreto (TRINDADE, 2000, p. 135). Interessante notar que, logo após referida sentença, a Suprema Corte do Equador declarou inconstitucional aquela disposição no código penal equatoriano (TRINDADE, 2000, p. 136).

Outro parâmetro que pode ser mencionado, é a norma da Convenção Interamericana de Direitos do Homem, no que se refere à prisão do depositário infiel, em que o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento anterior sobre a matéria, guiando-se pela prevalência da norma internacional em matéria de direitos humanos sobre o direito interno brasileiro, na medida em que o próprio art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, assim o prevê¹⁴.

O Tribunal Penal Internacional certamente virá a exercer uma grande influência no Processo Penal interno brasileiro, pois o esforço deste tribunal pela defesa dos direitos humanos no âmbito internacional, mediante o estabelecimento de padrões internacionais mínimos de proteção serve, inicialmente, como pressuposto para o respeito aos direitos humanos no âmbito interno dos Estados, pois como pode um Estado respeitá-los se a Corte Penal Internacional não o faz? Haverá, assim, uma influência na implementação do respeito ao justo processo no âmbito dos Estados (PIRAGOFF, CLARKE, 2004, p. 371).

Em suma, as influências garantistas do Processo Penal internacional são tão amplas no Processo Penal brasileiro, que trazem bem a ideia hoje existente na doutrina de que o Direito Internacional ocupa hoje um espaço que antes era destinado ao Direito Constitucional.

Com efeito, o espaço ocupado anteriormente pelo constitucionalismo, na linha histórica de evolução resultante da Revolução Francesa, é hoje ocupado pelos pactos internacionais em matéria de direitos humanos e o número crescente de normas internacionais protetoras de direitos humanos, havendo uma verdadeira mudança de paradigma, modificando-se o foco, dos Estados para os organismos internacionais, como produtores de normas garantidoras de direitos e garantias individuais (BARROS, 2008, p. 37).

14 *Habeas Corpus* 96.772-8, SP, de 09/06/2009, de relatoria do Ministro Celso de Melo.

1.4.4 Influências efficientistas no Processo Penal brasileiro

O Processo Penal internacional poderá ainda influenciar, de maneira efficientista, o Processo Penal brasileiro, quando se estiver diante de situações no Direito Processual Penal interno em que ainda não existam respostas a determinadas situações concretas; assim, a influência internacional ocorre para fazer com que o Processo Penal interno atue de determinada maneira a fim de melhor atingir determinada finalidade.

Poderá também tal influência, sob o prisma da eficiência, ser determinada por influxos políticos, tais como, por exemplo, o combate internacional ao terrorismo ou por outros motivos, como já destacamos, de uma cultura de emergência que atinge o sistema penal como um todo (CHOUKR, 2002).

É de conhecimento público o fato de que a sociedade está a exigir cada vez mais uma resposta pronta da administração ao fenômeno da criminalidade em geral e dos malefícios que causa.

O Brasil pode servir-se dos exemplos advindos do plano internacional para a solução deste problema, na medida em que, considerando a sua gravidade diante dos problemas econômicos e sociais pelos quais passa, não tem encontrado no plano interno respostas completas ao fenômeno.

Assim, a solução já encontrada no âmbito internacional para uma maior eficiência da norma processual penal poderá também ser adaptada ao Direito Processual Penal interno brasileiro.

É interessante que existe uma verdadeira cultura da emergência, como observa Fauzi Hassan Choukr que assolou o Direito Penal e o Direito Processual Penal, em que se justificam as mais variadas violações aos direitos e garantias individuais. Existe, com efeito, um interessante paralelo com o estado de emergência no Direito Constitucional, mas com diferentes nuances, pois a cultura da emergência no âmbito penal é mais ampla, mais nefasta, uma vez que sem controles (CHOUKR, 2002, p. 4).

Assim, novos instrumentos mais rígidos do ponto de vista dos direitos e garantias individuais são buscados e aplaudidos e o Processo Penal passa a ser utilizado como um dos instrumentos, talvez o mais importante, para o fortalecimento deste discurso (CHOUKR, 2002, p. 8).

Reformas apressadas são realizadas nas legislações penais, sem a necessária reflexão por parte da sociedade, o sistema é distorcido, não se chegando a lugar nenhum, ficando apenas um rastro terrível de toda a sorte de violações aos direitos e garantias individuais.

Considera-se esse conflito entre a eficiência e o garantismo, que se coloca muito mais como resultado de uma atabalhoada proliferação legislativa e de atividades por parte dos Estados, um falso dilema, uma vez que em última análise, como observa Ada Pelegrini Grinover, não há eficiência sem garantismo.

Isto, de fato, assim se dá, porque é lógico e razoável que assim o seja, bem como pelo fato de que houve um redesenho do conceito de soberania no plano internacional, como já indicado antes, em que os Estados abrem mão de parcela de sua soberania para pautar suas condutas sob o pálio de um substrato mínimo de direitos e garantias individuais (CHOUKR, 2002, p. 19).

Ainda que existam influências internacionais sob o manto da eficiência, na busca de respostas ditas como mais eficientes no combate aos crimes graves (SANCTIS, 2008, p. 2), e neste trabalho haverá oportunidade de tratar de algumas delas, como no caso da investigação penal pelo Ministério Público, que é tema tão debatido no Direito Processual Penal brasileiro, e a situação já vivenciada no Tribunal Penal Internacional, por exemplo, em que isso já é admitido, verdade é que também existem influências internacionais garantistas, como na hipótese de influência internacional que culminou com a impossibilidade do julgamento à revelia e a nova redação do art. 366 do CPP.

As hoje praticadas regras processuais mais rígidas no que tange ao terrorismo, ao crime organizado e à lavagem de dinheiro são também exemplos neste sentido.

1.4.5 Classificação das influências

A par da classificação das influências sob o prisma garantista e eficientista que nada mais representa do que a separação epistemológica existente em todo o Direito Processual Penal como ciência, na medida em que seu escopo é o equilíbrio entre esses dois extremos, é possível

falar em influências diretas e indiretas do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro, consoante será verificado nos próximos capítulos.

É importante a classificação de tais influências para que se tenha a exata dimensão do espectro sobre o qual as normas internacionais em matéria de Processo Penal podem influenciar o Direito brasileiro nos planos normativo e interpretativo.

Isso porque ao se falar em influência não se pode esquecer que essas poderão ocorrer sobre o legislador para que produza novas leis capazes de introduzir, mediante adaptações, os exemplos vindos de fora, e sobre os aplicadores do Direito, notadamente, sobre o Poder Judiciário, na medida em que passa a ser provocado a complementar lacunas ou a interpretar o direito interno à luz das normas internacionais.

Em primeiro plano, portanto, as influências de que se tratam ao longo deste trabalho podem ser influências normativas e influências interpretativas.

Sob outro enfoque, pode-se versar sobre influências diretas, que se subdividem em dois tipos de influência: a) quanto à cooperação horizontal; e b) quanto à cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Sob outro prisma, pode-se examinar ainda a influência indireta quanto ao Processo Penal interno como um todo.

Serão estudadas, nos capítulos seguintes, as hipóteses de influência que se subsumem a essa classificação.

1.4.6 Limites das influências

Ainda que seja indiscutível que o Processo Penal internacional exerça algum tipo de influência no Direito Processual Penal brasileiro, é forçoso reconhecer que tais influências não podem ser absolutas.

Com efeito, existem muitos fatores a impedir uma plena influência.

Por primeiro, pode-se citar a soberania dos países como grande limitador de influências internacionais, pois os Estados ainda são muito apegados ao conceito clássico de soberania, advindo da formação dos Estados Modernos, a partir do advento da história contemporânea, e que não serve mais para enfrentar os diferentes tipos de necessidades que se apresentam na era pós-moderna.

Portanto, decisões ou atos tomados no âmbito do Tribunal Penal Internacional ou de organismos internacionais poderão sofrer barreiras internas na ordem jurídica dos países e que se singularizam como limites políticos à jurisdição do Tribunal e outras influências do Processo Penal internacional no Processo Penal interno.

Em segundo lugar, há limites jurídicos, os quais se referem às peculiaridades internas da ordem jurídica propriamente dita, ou seja, de como o país enfrenta tecnicamente, sob o ponto de vista do Direito, as variadas questões que se apresentam sob o ponto de vista do Processo Penal. Com efeito, é como um encontro de culturas diferentes ou para usar um analogia, como se estivesse diante do encontro de duas línguas, duas culturas.

Não há dúvidas de que muitas vezes as influências podem vir de organismos internacionais ou até de países com tradição da *Common Law*, enquanto o direito nacional é da tradição do Direito continental ou *Civil Law*. O próprio Estatuto de Roma é resultado de uma verdadeira simbiose desses dois sistemas de direito. Assim, alguns mecanismos previstos no plano internacional poderão encontrar resistência no plano interno, tendo em vista as características deste.

Pode-se aludir ainda a limites jurídicos, quando o país se omite na obrigação de produzir normas para a operacionalização do Tribunal Penal Internacional ou de outros órgãos internacionais multilaterais dos quais seja integrante.

1.4.6.1 Limites políticos

Como são novos instrumentos institucionais colocados à disposição da comunidade internacional para a solução dos conflitos penais que atingem a humanidade como um todo, há obstáculos políticos internos que se colocam diante da possibilidade de um efeito maior dessas novas ordens jurídicas sobre a ordem interna dos países.

Pode-se dizer que operam, no caso, duas ordens de força opostas: uma centrípeta, oriunda da ordem internacional, que tende a aproximar-se do centro, isto é, da ordem interna dos países, amoldando-se, no que couber, à ordem internacional; outra, centrífuga, oriunda dos países em geral e que procuram irradiar efeitos de suas ordens jurídicas internas sobre o plano internacional.

Por um lado, tem-se o efeito dessas novas estruturas normativas que disciplinam o julgamento de crimes por tribunais penais internacionais, como o TPI, do qual o Brasil é signatário, por outro, tem-se a dificuldade histórica de o modelo interno de cada país acompanhar o exemplo vindo de fora.

No caso brasileiro, essa dificuldade é talvez ainda maior, em face da nossa tradição de emprestar pouca importância aos exemplos externos, pois o Direito brasileiro é muito voltado para si, em detrimento de exemplos vindos de fora.

Referida característica insular demonstra uma tendência estática de nosso Direito, formação esta que está na base inclusive do modelo educacional em matéria de cursos de Direito. Talvez a própria formação cultural do Brasil, diferente no âmbito da América do Sul, com dimensões continentais e falando um idioma “português” diferente daquele falado pelos demais países, que falam o espanhol¹⁵.

A limitação política mais nítida ocorre na questão da soberania, pois ainda é um limitador importante para a influência das normas internacionais em matéria de direito interno.

A soberania, desde sua origem como conceito jurídico e político, sempre foi vista como a influência externa daquilo que é produzido ou realizado internamente. Já se teve oportunidade aqui de ver que essa concepção não é tão absoluta assim, na medida em que está ínsito ao conceito um conteúdo limitador que não aparece à primeira vista.

O conceito de soberania, conforme Raymond Polin, está indiscutivelmente ligado ao poder de imposição da força sobre indivíduos com diferentes pretensões, desejos, humores, medos, ambições e outras características humanas. O autor retoma o pensamento de Jean Bodin a respeito do tema para destacar este aspecto da força (POLIN, 2009, p. 6).

Mais a frente relaciona quatro princípios que devem governar uma organização política comunitária: a) os Estados devem ter em comum uma longa história; b) devem possuir instituições legislativas, executivas

15 É de se ver que mesmo em outros campos do Direito, como no campo econômico, fala-se da pouca abertura econômica brasileira para o mercado exterior; no campo literário, fala-se da pouca divulgação de autores nacionais em países estrangeiros etc.

e judiciais comuns; c) os Estados-membros devem manter uma autonomia interior completa; e d) as normas comunitárias ou supranacionais devem corresponder a pretensões e interesses locais, não apenas vindo de cima para baixo (POLIN, 2009, p. 14-15).

Tais princípios que se aplicam mais de perto ao que se conhece como Uniões de Estado, tal como a União Europeia e ainda que parcialmente, considerando a incipiência da organização, ao Mercosul, indicam claramente que a evolução desses novos tipos de Estado ou de entidades internacionais não se encontra inteiramente desvinculada do velho conceito de soberania, mas que a relativização desse conceito está diretamente ligada a uma maior abrangência de legitimidade política e cultural desses novos entes supranacionais.

Tal como nas sociedades primitivas, em que não há um direito institucionalizado e previamente disposto para a solução dos conflitos, no plano internacional acontece o mesmo fenômeno, pois, neste âmbito funciona o princípio da coordenação entre países, em que nada pode ser visto de maneira isolada, uma vez que tudo se encontra em constante reciprocidade de influências. Com efeito, pensar o Estado em suas relações internacionais e diante do Direito Internacional é o mesmo que pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do Direito Constitucional (FERRAJOLI, 2004, p. 148).

Neste sentido, o Direito Internacional atual, com a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, aprovada em 10 de dezembro de 1948, que equivale à saída do estado natural para o estado civil da ordem jurídica mundial (FERRAJOLI, 2004, p. 144), bem como o desenvolvimento que ocorreu em relação ao Direito Penal Internacional, legitima-se como um novo modelo a ser seguido por todos os povos, em verdadeira supraestatalidade desse direito ou de um constitucionalismo mundial (FERRAJOLI, 2004, p. 144).

Perde, assim, a soberania interna seu clássico papel, cabendo, na realidade, uma refundação do Direito Internacional não sobre o conceito de soberania, mas sim tendo em mira o conceito de autonomia dos povos (FERRAJOLI, 2004, p. 151).

No entanto, como isso tudo ainda é um processo, a soberania ainda é um limitador às influências internacionais.

No Tribunal para a ex-Iugoslávia, ocorreu, no julgamento *Kordic e Cerkez*, um importante exemplo de como o conceito de soberania pode ser relativizado: o que se discutiu ali era a questão quanto à exclusão de determinada prova decorrente de busca e apreensão, produzida em um país, sem o consentimento das autoridades locais, entendendo a defesa que a ausência desta prévia admissão impunha a aplicação subsidiária das regras costumeiras do Direito Internacional relativas à soberania, sendo que a Câmara de Julgamento de Primeira Instância assinalou que a obrigatoriedade de cooperação para com o Tribunal era consequência da autoridade do Conselho de Segurança, decorrendo do dever de obediência a este órgão (ZILLI, 2006, p. 148).

1.4.6.2 Limites jurídicos

A par da limitação política, existem limitações jurídicas de ordem interna à influência internacional no Direito Processual Penal brasileiro, pois, como visto, pelo menos dois grandes ramos de direito dividem o mundo: os sistemas da *Common Law* e o Direito continental.

Assim, muitas vezes, as soluções encontradas no âmbito internacional têm por base um ramo de Direito diferente daquele conhecido no Direito brasileiro; daí as dificuldades em assimilá-los.

Outras vezes, as dificuldades são essencialmente de ordem técnica dos diferentes atores do Direito brasileiro, muitos dos quais não se encontram preparados para lidar com a tecnicidade própria do que é produzido externamente, principalmente nos tribunais internacionais.

Nessas situações de dificuldade, surge mais fácil negar a solução vinda de fora, mantendo-se o país em uma situação de isolamento.

É de se ver que esse costume tem causado alguns embaraços ao país, como se observa, por exemplo, no recente acordo de cooperação internacional entre Suíça e Brasil, em matéria criminal, em que, diante do princípio da especificidade, as provas produzidas só poderiam ser utilizadas no processamento de determinada espécie de crime, não de qualquer outra, o que não foi observado, resultando em grave crise diplomática entre os dois países.

Assim, algumas soluções podem ser tentadas para afastar esta dificuldade, como uma maior instrução dos operadores do direito, desde os

bancos escolares, para se familiarizarem com o Direito Internacional como um todo. Outra solução importante é um empenho maior das cortes superiores do país, bem como do Congresso Nacional, a par da cooperação do Ministério da Justiça e das Relações Exteriores, de modo a possibilitar uma maior aproximação do país ao que acontece no exterior, o que, por si só, significará imediatamente uma maior aproximação de todas as instâncias judiciais e administrativas, repercutindo sobremaneira em uma mudança de concepção.

2 – SEGUNDA PARTE

Tipos de influência

2.1 As influências diretas do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro

2.1.1 Influência quanto à cooperação horizontal

Pode-se definir, na esteira de Paulo Mousó, cooperação internacional como o fenômeno pelo qual determinado Estado, que não tem poder de império senão no âmbito interno de seu território, recorre ao auxílio de outros Estados, por meio de suas atividades jurisdicionais (MOUSO, 1990, p. 31).

Conforme Jean-André Roux, que cunhou a denominação “entre-ajuda penal”, *l'entraide*, existem três tipos de cooperação entre Estados: a policial, a judicial e a legislativa, reconhecendo-se, contudo, atualmente apenas a cooperação administrativa e judicial (ROUX, 1932, p. 93).

A cooperação internacional pode se dar em um âmbito horizontal, quando se está diante da necessidade de interação jurídica entre estados que se encontram em um mesmo plano, constituindo uma verdadeira cooperação interestatal. Pode também ocorrer em um âmbito verti-

cal, quando se refere à necessidade de interação jurídica entre Estados e uma corte ou órgão supraestatal.

O primeiro tipo de cooperação é o modelo clássico e que tem se desenvolvido historicamente há muitos séculos, desde o primeiro tratado celebrado, sendo que, inclusive em Uniões de Estados, como é o caso da União Europeia, como se verifica do terceiro pilar, é ainda instrumento importante para a solução de diferentes problemas que não envolvem aspectos supranacionais da União.

Já o segundo modelo de cooperação refere-se àquela que ocorre no bojo das instituições multilaterais, como o Tribunal Penal Internacional, propriamente quanto às principais características da cooperação internacional existente entre cortes penais e os países signatários dos tratados multilaterais que tenham dado ensejo a tais órgãos. Neste caso, dar-se-á especial atenção ao Tribunal Penal Internacional e à interação com o Direito Processual Penal brasileiro.

O tema da cooperação internacional bilateral ou horizontal não é novo, pois sua origem remonta aos tempos do tratado de paz celebrado entre Ramsés II e Hatussilli, rei dos Hititas, em 1280 a. C., tratado este considerado o mais antigo da humanidade (ARAÚJO JÚNIOR, 1999, p. 61).

Não cabe aqui, evidentemente, um estudo diacrônico do tema, pois fugiria ao âmbito de nossos estudos, em que se tem por objeto o estudo das principais influências funcionalistas da cooperação internacional no direito interno brasileiro. O estudo cronológico, quando importante, é ressaltado tão somente para situar o tema.

Nos tempos modernos, como visto, o tema da transnacionalização repercute no que tange à criminalidade, uma vez que o crime organizado contemporâneo, conforme Elgio Resta, rompe o círculo de validade e eficácia das normas, uma vez que se estabelece fora do seu alcance (RESTA, 2000, p. 46), ficando os Estados, isoladamente considerados, incapazes de responder e virtualmente impotentes (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 46).

Esse tipo de criminalidade não apenas se restringe às fronteiras nacionais, como também se utiliza deliberadamente delas para seus fins, uma vez que a Polícia e o sistema jurídico de determinado país encontram-se jungidos ao princípio da territorialidade (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 47).

As características da criminalidade moderna, bem como o crescente processo de harmonização horizontal e vertical da legislação de alguns países, como exemplo, o Direito Comunitário da Europa e o incipiente Mercosul, que ainda não passa de uma união aduaneira, têm demonstrado a necessidade de uma maior cooperação internacional, de modo a fazer com que a criminalidade não utilize as próprias fronteiras dos países para a prática de crimes, ao abrigo da impunidade.

Paulo Mouso expressa esse esforço de regulação na assistência penal em via bilateral nos seguintes termos:

[...] constitui a manifestação mais sobressalente das últimas décadas, e se tem mostrado como um procedimento eficiente para chegar a cimentar, em um período de tempo relativamente breve, uma incipiente rede internacional de auxílio judicial penal, sorteando as dificuldades próprias dos intentos mais ambiciosos de tipo multilateral. Adverte também que o sistema de acordos bilaterais permite acompanhar com suficiente fluidez as necessidades e prioridades políticas dos Estados, implícitas em todo intento de regulação do tráfico jurídico internacional (MOUSO, 1990, p. 31) .

No que diz respeito ao Brasil, é possível concluir que, por suas características culturais, geográficas e históricas, sempre foi muito avesso às questões internacionais, mormente no que se refiram à matéria de cooperação. Isto porque é o único país de língua portuguesa em meio a vários países de língua espanhola, na América Latina (JAPIASSÚ, 2003).

Portanto, ainda que pequena a experiência brasileira nesta área, muitas são as questões fáticas a exigir uma preocupação neste sentido.

Assim é que a experiência do Mercosul tem possibilitado uma salutar aproximação das economias e também dos instrumentos jurídicos dos países componentes, o que permitiu a elaboração e conseqüente aprovação de um acordo de cooperação entre os países, finalmente aprovado pelo Decreto n. 3.468, de 17/05/00.

Será este instrumento o objeto principal de nossas análises para retirar suas principais influências no Direito Processual Penal interno.

Há outros pactos internacionais, como o existente com os Estados Unidos, promulgado pelo Decreto n. 3.810, de 02/05/01.

Por ora, fiquemos com o acordo de cooperação jurídica mútua em assuntos penais para o Mercosul.

Este acordo, conforme acentua Raul Cervini, não é propriamente original, pois, como fonte multilateral, tem inspiração na convenção europeia de cooperação judicial em matéria penal assinada em Estrasburgo, em 1959, e na convenção das Nações Unidas sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, assinada em Viena em 1988. Já no âmbito regional, constituem fonte da convenção do Mercosul as convenções do Panamá sobre precatórias, cartas rogatórias e recepção de prova no estrangeiro de 1975, a convenção interamericana sobre extradição assinada em Caracas em 1981, os convênios entre Uruguai, Argentina e Chile sobre informações e antecedentes penais e igualdade de trato processual e precatórias de 1982 e, finalmente, o projeto de convenção interamericana sobre assistência judicial em matéria penal, apoiado pela OEA. No âmbito bilateral, constituem fontes mediatas inúmeros pactos internacionais, tais como o celebrado entre Estados Unidos e Suíça, em 1973, bem como outros envolvendo Estados Unidos e Holanda (1981); Itália (1982); Marrocos (1983); Jamaica (1985); Reino Unido e Ilhas Cayman (1986); México (1987); Bahamas (1987); Tailândia (1988); Bélgica (1988); Canadá (1988); Colômbia (1988); Espanha (1991) e Uruguai (1993). Outros tratados do mesmo tipo existem entre Canadá e Reino Unido (1984); França e Argélia (1985); Espanha e México (1987); Argentina e Espanha (1987); Austrália e Espanha (1989); Itália e Holanda (1990); Itália e Argentina (1991); etc. (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 101).

Foi, contudo, o tratado vigente entre Brasil e Uruguai, a fonte imediata do acordo de assistência jurídica mútua em assuntos penais para o Mercosul.

Antes da análise detida de alguns aspectos do referido pacto, bem como dos demais já indicados, é importante a lembrança de que o tema da cooperação pode ser analisado sob três níveis de cooperação internacional, segundo a doutrina: um primeiro grau que compreende medidas de mera assistência leve e simples, tais como: notificações e medidas meramente instrutórias – perícias, informações, tramitação de prova no Estado requerido e inclusive diligências para o traslado voluntário de pessoas a fim de prestar depoimento no Estado requerente com a observância das garantias individuais. Um segundo grau que engloba as medidas de assistência processual penal internacional que podem

causar gravame irreparável aos bens das pessoas, tais como: registros, embargos, sequestros, algum outro tipo de interdição e entrega de qualquer objeto e, por fim, em terceiro grau, aqueles níveis de cooperação que podem causar graves danos aos direitos e liberdades daqueles alcançados pela cooperação, campo este restrito às medidas de extradição (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 68).

Qualquer um desses níveis, conforme acentua R. Cervini, está a exigir o respeito às garantias individuais dos concernidos, não sendo admissíveis os entendimentos que procuram desvincular a extradição do âmbito da cooperação penal em geral, de modo a, fortalecendo o respeito pelas garantias aqui, enfraquecê-las acolá (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 70).

Com efeito, é importante que se procure, na prática, a adequação das teorias “restritiva” e “ampla”, aquela, fixando-se nas garantias individuais previstas na legislação dos Estados e no princípio da territorialidade, para impedir a aplicação irrestrita ou ampla da cooperação, e esta, fundamentando-se em um dever geral de solidariedade entre os povos, em que se propugna por uma maior cooperação entre os Estados.

É preciso que as partes substanciais dos atos de cooperação, não apenas os Estados – partes formais – sejam envolvidos, pois os cidadãos são, em última análise, os destinatários dos eventuais gravames à liberdade individual.

Conforme acentua R. Cervini, este é o reflexo da estrutura funcional deste tipo de assistência (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 66).

Daí advém a reconhecida legitimação ativa e a garantia da ampla defesa do concernido, ou seja, a pessoa objeto da cooperação internacional, para quem se assegura o respeito aos seus direitos individuais, na medida em que sejam atingidos por atos oriundos da cooperação (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 74).

Com efeito, em quaisquer dos níveis de cooperação, é imperioso que se reconheça essa legitimação, pois em quaisquer delas podem ocorrer violações a direitos individuais, conforme preleciona Ada Pellegrini Grinover:

Na cooperação judicial internacional, a possibilidade de que a pessoa resulte prejudicada não se limita à extradição – a chamada ‘medida de cooperação de terceiro grau’ –, mas se estende às medidas que possam causar

algum gravame a bens – as chamadas ‘medidas de segundo grau’ –, e até às medidas de simples assistência processual – as chamadas ‘medidas de cooperação de primeiro grau’ – A partir dessas considerações há que se dar legitimidade ao indivíduo para participar dos atos de cooperação judicial em matéria penal (GRINOVER apud CERVINI; TAVARES, 1995, p. 75).

Assim, é preciso que se reconheça que a Constituição brasileira, em seu art. 5º, como também as dos demais países componentes do Mercosul, bem como tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos mesmos Estados-partes, prevalecem sobre eventuais normas convencionais que restrinjam as garantias da ampla defesa (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 77).

Neste sentido, observe-se o art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, de 22/11/69, que menciona:

Art. 8º 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 com anterioridade pela lei, na tramitação de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, laboral, fiscal ou de qualquer outro caráter.

A aplicação do texto constitucional, como também do referido art. 8º do aludido Pacto de San José, não pode levar a outra solução senão aquela que afaste a aplicação do art. 1.4 do TEVR Brasil-Uruguai e ao art. 1.2 da Convenção de Assistência Mútua em matéria penal no âmbito do Mercosul, que preveem que as disposições dos referidos textos de cooperação bilateral e multilateral “não conferem direitos aos particulares para obtenção, supressão ou exclusão de provas, ou para se oporem ao cumprimento de uma solicitação de assistência” (CERVINI; TAVARES, 2000).

Sem dúvida, trata-se de exemplo de influência garantista do direito interno brasileiro na solução de questões de índole internacional.

Raul Cervini cunhou essa influência garantista, que na realidade é bifronte ou bifocal, como “princípio da continuidade jurídica na proteção das garantias”, em que sustenta que a norma penal e processual interna devem se adequar, por via ab-rogatória, aos textos internacionais incorporados ao direito interno e também devem ser alcançadas por normas garantistas de direito interno ou externo todas as situações

em que sua vigência, por logicidade, tenha que ser aplicada (CERVINI, 1995, p. 113).

Portanto, faz-se necessário que o concernido seja notificado pessoalmente do procedimento desfechado para fins de cooperação, antes do ato, sendo que, nas hipóteses de sigilo, deve ser notificado, depois de cumprida a ordem, a fim de possibilitar o efetivo exercício de seu direito de defesa (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 82).

As influências que ocorrem no plano interno são diretas, na medida em que, em sendo o país signatário de tratados ou acordos que implicam a necessidade de cooperação no plano horizontal, não pode furtar-se a se adequar a essas normas, sob pena de se tornar um infrator no âmbito internacional ao descumprir seus compromissos internacionais. Com efeito, a cooperação internacional exige uma harmonização das diferentes legislações processuais penais.

Este é o modelo eminentemente horizontal, em que se atua diante de atores que se encontram no mesmo nível, isto é, Estados soberanos, mas também pode ocorrer de se estar diante da necessidade de cooperação entre um Estado e um órgão multilateral, como no caso do Tribunal Penal Internacional.

2.1.2 Cooperação com o Tribunal Penal Internacional

Nas hipóteses de cooperação com um ente internacional, fala-se em cooperação vertical.

No caso do TPI, o art. 88º do Estatuto de Roma, prevê: “os Estados-partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação (especificadas no Estatuto)”.

Daí decorre, portanto, um dever de legislar em matéria de cooperação com o Tribunal (MOREIRA, 2004, p. 40).

Ainda que se trate de outro nível de cooperação, isto é, em outro plano, uma vez que ocorre entre uma entidade multilateral e um Estado-membro, verdade é que as questões são essencialmente as mesmas, pois decisões tomadas em foros internacionais deverão ser cumpridas internamente por países soberanos, sendo que os limites

do respeito às garantias dos acusados, por exemplo, será sempre um tema importante.

No âmbito do Tribunal Penal Internacional, há a necessidade de o país signatário cooperar, mediante entrega de pessoas e prestação de auxílio, consoante os arts. 89 e 93 do Estatuto de Roma.

A primeira refere-se ao cumprimento de medidas cautelares de restrição da liberdade, emitidas pelo tribunal.

A segunda inclui várias medidas, dentre elas: a) identificação de pessoas e do local onde se encontrem; b) localização de objetos; c) notificação de documentos; d) interrogatórios; e) medidas que facilitem o comparecimento de pessoas ao tribunal; f) transferência temporária de pessoas; g) buscas e apreensões; h) proteção de testemunhas, dentre outras previstas no art. 93.

O pedido deve ser apresentado formalmente pelo tribunal ao Estado, contendo uma breve exposição sobre o cabimento da medida.

Em regra, os Estados não podem recusar o cumprimento da medida, devendo para isso adaptar suas legislações, havendo, contudo, algumas exceções e se referem, a primeira, à necessidade de manutenção da segurança nacional do Estado requerido (art. 93.4) e, a segunda à impossibilidade de execução do auxílio por conta do reconhecimento pelo Estado de um “princípio jurídico fundamental de aplicação geral” a impedir a medida e, a terceira, decorre da proibição de prestação de auxílio em razão de expressa vedação constante na legislação nacional.

É de se ver que os termos são genéricos, o que poderá causar problemas de aplicação, que podem ser evitados com os chamados “pedidos de consulta” e “eventuais modificações para o cumprimento das decisões”, tanto dos Estados como do tribunal (ZILLI, 2006, p. 232).

Com efeito, nos termos do art. 97, as consultas deverão ser formuladas sempre que o pedido suscitar dificuldades em seu cumprimento, seja pela: a) insuficiência de informações apresentadas pelo tribunal; b) diversidade de identidade entre a pessoa residente no território do Estado requerido e aquela cuja entrega é pretendida; e c) perspectiva de que a execução da medida importe em violação de tratado celebrado com outro Estado.

Como o Estatuto de Roma não pode ser tido como um documento internacional de direitos humanos, uma vez que, ainda que traga várias

regras referentes às garantias processuais, aplica-se aos acusados por processo que ali tramitem, sua aplicação não pode se dar diretamente no território brasileiro, havendo a necessidade de uma regulamentação, que permita isso (ZILLI, 2006, p. 232). Assim é que, estuda-se, no Brasil, um anteprojeto para isso.

Os Estados signatários têm, assim, a obrigação inarredável, sob o ponto de vista moral e jurídico, de providenciar as legislações implementadoras ou *implementing legislation*, assegurando condições para a aplicação das decisões da corte nos territórios dos países signatários (GEMAQUE, 2007, p. 164).

No anteprojeto brasileiro para a implementação do Estatuto do Roma no Brasil, foram estabelecidas condições para a execução dos pedidos, sendo que, quanto às recusas, fixou-se que as mesmas são excepcionais, não podendo ser invocadas quando inexistente disposição normativa sobre os procedimentos a serem adotados para a execução de uma medida específica, sendo que, na hipótese de ato proibido por força de princípio fundamental de Direito, a autoridade nacional deveria consultar, primeiro, o tribunal, a fim de melhor solucionar a questão (ZILLI, 2006, p. 234).

Note-se que o exemplo da União Europeia pode ser muito útil ao Tribunal Penal Internacional e às influências que exercerá sobre o Processo Penal brasileiro.

Com efeito, na União Europeia existe o Eurojust, órgão criado por decisão do Conselho, de 28 de fevereiro 2002, funcionando, nos termos do art. 31, n. 2, do Tratado da União Europeia, como órgão facilitador e impulsionador da cooperação judicial em matéria penal na União Europeia, nas atividades de cooperação policial, cooperação judicial e aproximação da legislação penal e envolvidas no terceiro pilar; e tem por funções facilitar a coordenação adequada entre as autoridades nacionais competentes para investigações e exercício da ação penal, favorecer as investigações nos processos referentes a formas graves de criminalidade transnacional, especialmente a organizada, e promover uma estreita cooperação com a Rede Judiciária Europeia com o fim de facilitar a execução de cartas rogatórias e pedidos de extradição.

Segundo Heloisa Estellita:

Um Estado Democrático de Direito certamente resistirá a cooperar com outro Estado no qual as garantias penais e processuais penais não sejam previstas nos termos de um 'standard' mínimo (liberal clássico). Isso implica que, no seio do bloco regional, formado por Estados predominantemente democráticos e de direito, a necessidade de um Direito Penal garantista figure como pressuposto para a própria cooperação em matéria penal. O princípio do reconhecimento mútuo, essencial para a cooperação internacional, pressupõe confiança recíproca dos Estados-Membros nos respectivos sistemas jurídicos, daí a necessidade de harmonização da legislação nacional tanto na esfera penal, como na processual penal. E uma harmonia quanto ao limite mínimo das penas é imprescindível para, em âmbitos de interesse regional, garantir a extradição (ESTELLITA, 2004, p. 107).

Ainda que a autora trabalhe sobre a integração regional e o Direito Penal, pode-se aplicar ao Processo Penal o mesmo raciocínio, na medida em que o TPI implica em alguma forma de integração entre as legislações processuais penais e na cooperação internacional a fim de garantir o cumprimento e eficácia do que reste decidido pelo TPI.

Pode-se falar, portanto, na hipótese de um Estado se recusar a colaborar com o TPI, com o argumento de que este é menos garantista do que aquele, em matéria de prova, por exemplo, ou de prisão cautelar ou, ao contrário, do TPI entender que determinada prova realizada em um Estado-membro não ter seguido os padrões garantistas do tribunal.

Assim, são todas situações de influências recíprocas de um sistema sobre o outro e que, no âmbito da cooperação internacional, poderão fazer-se presentes.

No campo da produção probatória, a única influência que se antevê é a do Tribunal Penal Internacional, na medida em que, consoante o Estatuto de Roma, precisará da colaboração dos Estados-membros na consecução de seus objetivos de apuração dos fatos para o processamento e julgamento dos crimes de sua competência.

Para atingir essa finalidade, o tribunal deverá supervisionar se a colheita de provas realizada seguiu os parâmetros estabelecidos no Estatuto de Roma, no regramento de provas e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, aquelas atividades probatórias que não se coadunarem com essas balizas deverão ser rechaçadas pelo tribunal, determinan-

do-se eventualmente nova atividade probatória que respeite tais parâmetros.

Por outro lado, tendo em vista esta necessidade de colaboração na atividade probatória do tribunal, os Estados-membros deverão amoldar-se ao que restar estabelecido internacionalmente como atividade justa em matéria probatória.

Importante observar, nos termos desenvolvidos mais amiúde no capítulo 17 mais adiante, que os parâmetros utilizados pelo Tribunal Penal Internacional em matéria de produção probatória estabeleceram um padrão mínimo de observância por parte dos Estados-membros, os quais deverão seguir quando da necessidade de medidas probatórias a serem realizadas em seus territórios.

Diz-se direta a influência da cooperação com o Tribunal Penal Internacional, uma vez que, em sendo o país signatário do Estatuto de Roma, não pode fugir à efetividade das normas do tribunal no que toca à produção probatória.

2.2 Influência indireta e a solução de lacunas

2.2.1 As normas processuais penais internacionais e a solução de lacunas

O Direito é um sistema normativo capaz de produzir resposta a todos os fenômenos sociais, mesmo que não sejam específicas, havendo a possibilidade de se utilizar a legislação de Direito Comparado para a solução de eventuais lacunas.

Todo sistema jurídico tem duas finalidades supremas: a realização da justiça e a segurança jurídica (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 221).

A lei não pode ser analisada como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para a solução dos conflitos sociais, mas, às vezes, cai-se em um formalismo acanhado, segundo Eduardo Espínola (2000, p. 227): “[...] com o qual se vêem, nas formas processuais, não mais simples meios de garantia, e, sim, falsos ídolos, ciosos de um culto desarrazoado”.

A lei é ainda, às vezes, incapaz de atender a essas finalidades, seja por ser inconciliável com outra lei, que prepondere na hipótese, seja pela

contradição com um princípio de direito que deve ser considerado (Idem, 2000, p. 223). Se existem duas leis a disciplinar a hipótese, é provável que uma tenha revogado a outra, em havendo incompatibilidade com a situação fática a que se referem; se todas estiverem em vigor, deve-se analisar qual se aplica diretamente à questão, tendo em vista os fins sociais de cada uma delas e, se ambas forem capazes de solucionar a questão, faz-se necessário atentar àquela que atenda melhor àquelas finalidades últimas de alcançar a realização da justiça e de atender à segurança jurídica (Idem, 2000, p. 225).

Assim, há situações em que normas internacionais, bem como decisões oriundas de tribunais internacionais poderão servir como alicerce para decisões do direito interno brasileiro, nesta linha de solução de lacunas.

Esses efeitos serão evidentemente indiretos, pois oriundos de sistemas jurídicos internacionais ou supranacionais e que não têm aplicação direta em nosso Direito.

É, com efeito, o que se pode denominar “efeito positivo indireto”, conforme Heloísa Estellita: “consistente na penetração do Direito comunitário extrapenal no Direito Penal nacional mediante a concorrência ativa do primeiro na definição do conteúdo de normas penais incriminadoras já existentes, tratando-se de uma harmonização indireta da legislação penal” (ESTELLITA, 2004, p. 122).

Se isso é admissível para o Direito Penal, aproveitando-se como efeitos indiretos o Direito Internacional ou Comunitário, em que se aplica a interpretação estrita e não se aceita o emprego da analogia *in malam partem*, com maior razão no campo do Processo Penal, em que se admite a interpretação extensiva e analógica, bem como o emprego da analogia.

Em análise aos efeitos do TPI no Direito português, assim, expõe Maria Leonor Machado Esteves de Campos e Assunção:

Todavia, a conformação da lei portuguesa ao Direito de Roma, é imprescindível. Desde logo, pela exigência de tutela pelo direito português dos valores que subjazem aos crimes previstos no Estatuto, através da perseguição e punição dos agentes de tais crimes, exigência que, de resto, Portugal aceitou inequivocamente quando a ele aderiu. Impõe tal conformação a necessidade de integral concretização do princípio da com-

plementariedade, na dimensão que o Estado português lhe imprimiu quando, no Acto de Ratificação, declarou a sua competência para julgar todos os autores daqueles crimes que se encontrarem no seu território (ASSUNÇÃO, 2004, p. 55).

Menciona também a autora a necessidade de adequação da lei processual penal portuguesa, a par das questões relativas à cooperação judiciária internacional, a fim de seguir o disposto no Estatuto de Roma (ASSUNÇÃO, 2004, p. 66).

Fala-se ainda em “efeitos negativos indiretos”, quando o contraste entre a norma penal e o Direito Comunitário faz desaparecer, no todo ou em parte, aquela (ESTELLITA, 2004, p. 126).

Entretanto, observa-se que a ordem internacional não é um sistema integrado, mas sim um sistema de ordens, em geral, compartimentadas, não havendo uma verticalização, daí a importância de que os sistemas internos sejam aperfeiçoados em matéria de garantias (ZAPPALÀ, 2003, p. 13).

Com efeito, os meios internos de pressão, tais como as ONGs, mídia, esforços acadêmicos, bem como a evolução dos sistemas internos em matéria de proteção de direitos humanos são mais eficientes do que aqueles conduzidos por órgãos, tribunais ou entidades internacionais (ZAPPALÀ, 2003, p. 14).

Importante, portanto, já que mais um fator neste aperfeiçoamento do modelo interno, é a norma internacional funcionar como modelo na solução de lacunas no direito interno.

2.2.2 Analogia, princípios gerais de direito e normas internacionais

Daí a redação do art. 3º do Código de Processo Penal que dispõe: “Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento por princípios gerais de direito”.

A leitura do dispositivo já permite inferir a existência de uma graduação de instrumentos para a solução de conflitos e lacunas, daí a necessidade de compreendê-los.

O Direito Processual Penal, diferentemente do Direito Penal, admite a aplicação da interpretação extensiva e da analogia. Aquela é um pro-

cesso de adaptação da lei às circunstâncias do caso concreto que exige a presença de uma regulamentação para a sua disciplina (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 219), havendo a necessidade de critérios para que haja segurança e a adaptação não esteja sujeita à subjetividade de quem a procede.

O método de interpretação deve estar sempre sujeito àquelas finalidades últimas, a saber: a realização da justiça e a busca da segurança jurídica (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 220).

Não cabe aqui estudar todos os métodos de interpretação existentes, contudo, para a perfeita compreensão do sistema interpretativo criado pelo art. 3º do CPP e sua importância para o Processo Penal como um todo e inclusive recebendo os reflexos do Processo Penal internacional, é interessante apontar suas principais características, pois é o primeiro instrumento a se fazer uso para a solução das dicotomias e incompatibilidades normativas.

Deve ser ressaltado, nesse sentido, que não importa qual seja o método utilizado, seja para a interpretação da lei, seja para a solução de eventual lacuna, é necessário que se faça sempre a conexão dos dispositivos legais com os fatos sociais subjacentes (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 233).

É imprescindível que a aplicação da lei não leve ao absurdo ou ao disparate (Idem, p. 235), devendo ser priorizada a praticabilidade da interpretação realizada.

Dentre todos os métodos interpretativos, sobressai o método sistemático, pelo qual se observa, pelo confronto dos preceitos uns com os outros, a independência ou a subordinação dos mesmos (Idem, p. 249).

É pelo método sistemático de interpretação que se buscará uma regra legal ou consuetudinária e que satisfará os fins sociais da norma, evitando-se as soluções injustas, absurdas e disparatadas, visando sempre aos fins de justiça e de utilidade geral, importando frisar ainda que não se baseará tão somente na consideração da legislação escrita, mas também nos costumes e nos princípios gerais de direito, visto que são elementos integrantes da ordem jurídica (Idem, p. 250).

Assim, o método sistemático oferece uma importante ferramenta para a análise da lei em um sistema maior, pois esta não está dissociada do ordenamento jurídico como um todo e da sociedade em geral em

última análise, ao contrário, trata-se de um todo unitário, sendo que esta interpretação, sem dúvida, oferece um importante meio para encontrar a interpretação fiel da realidade social, bem como qual o melhor instrumento de integração na hipótese de lacuna.

Além das condições do ambiente regional, deve o intérprete atentar para a realidade externa experimentada por outros países, sendo importante verificar como a legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras aplicam o Direito em determinada relação jurídica, seja no mesmo ou em momento histórico anterior, pois existem condições sociais comuns aos povos que sobrelevam as condições locais (Idem, p. 225).

É pelo confronto da norma com a história e o Direito Comparado que se configura o dualismo da atividade interpretativa, pois, conforme acentua Eduardo Espínola Filho, o Direito Comparado, ao estudar no presente o direito de diversos povos, faz simultaneamente no presente o que a história faz na sucessão dos tempos (Idem, p. 256).

Todavia, cumpre desde logo frisar que a utilização do Direito estrangeiro deve ser supletiva, sendo aplicável tão somente quando falhar o Direito nacional na hipótese versada (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 256).

No que tange à integração do Direito, propriamente dita, prevista no art. 3º do Código de Processo Penal, destaque-se que há uma gradação de instrumentos a serem utilizados pelo aplicador da lei: primeiro, recorre-se à analogia e, depois, aos princípios gerais de direito.

Pode-se discutir, no âmbito do Processo Penal, a aplicação dos costumes, pois se o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil prevê especificamente a aplicação dos costumes como meio de integração do direito, o mencionado art. 3º não o faz, ao indicar a inaplicabilidade deste instrumento para a colmatação de lacunas.

É indiscutível, todavia, a aplicação do costume, como comportamento geral e de indiscutível repercussão no sistema, no Direito Processual Penal. Entretanto, tal não pode ocorrer, ao nosso sentir, para a solução de lacunas, mas tão somente como sinal de como os aplicadores da lei veem a realidade e se comportam diante do direito positivo.

Em outras palavras, o costume, no âmbito do Processo Penal como fenômeno sociologicamente considerado existe, mas não tem relevância para a solução de eventuais lacunas no sistema.

Observe-se, em sentido contrário, o entendimento de Eduardo Espínola Filho, que admite a aplicação do costume para a solução de lacunas (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 268), sem, contudo, ao nosso sentir, precisar objetivamente quais seriam as hipóteses desta aplicação.

Impende, conforme já dito, considerar a importância do costume, que pode ser visto como fato do comércio jurídico ou da realização jurídica, consoante magistério de Orlando Gomes (1990, p. 57), pois são apenas fatos ou fontes de direito e obrigações subjetivas ou, para estender o excelente raciocínio para o Direito Processual Penal, tão somente maneiras pelas quais os atores processuais realizam a prática do processo.

Nesse sentido, é importante considerar o pouco caso que muitas vezes se faz, por aqui, em não aplicar soluções já admitidas no Direito estrangeiro, mesmo quando já implementadas por tratados ou convenções internacionais. Exemplo disso é a recepção em nosso ordenamento jurídico da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, que em seus arts. 9º, 3 e 7º, 5, exige que o preso em flagrante seja imediatamente apresentado à autoridade judicial, sendo que a legislação processual penal brasileira ainda se limita a determinar a mera comunicação do flagrante, sem, contudo, determinar o comparecimento físico do detido.

É curial a importância de tal procedimento, pois evitaria, por exemplo, o cometimento de muitos crimes de tortura, que ainda são comuns no Brasil, diante da possibilidade de pronta descoberta pelo juiz responsável.

Rogério Lauria Tucci, em análise ao projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça, e que trata da criação dos juizados de instrução para alguns crimes de maior gravidade, recomenda a alteração do referido projeto a fim de contemplar o disposto no Pacto de San José da Costa Rica, o qual, apesar de ser direito positivo entre nós, ainda não exerce plena influência nos costumes de nossa prática judicial (TUCCI, 2004, p. 138).

Restam, portanto, nesta ordem: a analogia e os princípios gerais de direito como instrumentos efetivos e importantes no que se refere às influências da Justiça Penal internacional no Direito Processual Penal brasileiro.

Tratemos, inicialmente, da analogia. Esta é, segundo Eduardo Espínola Filho:

[...] a aplicação de uma regra de direito, reguladora de certas e determinadas relações, a outras relações, que têm afinidade ou semelhança com aquelas, mas para as quais não está ela estabelecida, pode repetir-se que esse processo tem por fundamento a identidade da 'ratio legis', inspirando-se no princípio – onde existe a mesma razão de decidir, é de aplicar o mesmo dispositivo de lei – '*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*' (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 269).

A analogia é a aplicação às hipóteses semelhantes de soluções oferecidas pelo legislador para casos análogos (RODRIGUES, 2006, p. 21). É a aplicação do adágio: *ubi eadem ratio, idem jus*.

Com efeito, existe no foro íntimo de cada ser humano a premência de se aplicar às mesmas situações as mesmas regras jurídicas (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 269).

Para a utilização da analogia, deverá o aplicador da lei atentar às condições especiais do fato a decidir, procedendo a uma verdadeira investigação, de modo a verificar a semelhança ou dessemelhança entre a hipótese a ser solucionada e o paradigma para justificar a aplicação da mesma solução, a fim de aplicar a decisão mais adequada à Justiça e à segurança jurídica (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 272).

A analogia pode ainda revestir-se de duas modalidades: a analogia de lei ou *analogia legis* e analogia de direito ou *analogia iuris*. A primeira ocorre quando existe determinada lei que se aplica à hipótese por ela não contemplada, mas que se refere à mesma matéria. Já a analogia de direito ocorre quando não existe qualquer preceito que se aplique à matéria, surgindo a necessidade de utilizar os princípios que regulam determinada matéria e que podem ser aplicados a situações análogas (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 273).

Em um caso existe a norma, no outro a norma não existe, havendo a necessidade de se reconstruir a norma mediante a utilização de princípios gerais não expressos, existentes no sistema como um todo (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 273).

Inclusive o recurso à analogia de soluções apresentadas pelo Direito Comparado será admissível.

Por conseguinte, não poucas vezes poder-se-á verificar no sistema processual penal brasileiro, conforme se verá, algumas situações, que não encontram solução satisfatória no sistema de direito nacional e que podem sofrer algum tipo de influência de situações já enfrentadas pela justiça penal internacional.

Quando a interpretação e diferentes matizes, a analogia e, para alguns, os costumes, não forem capazes de solucionar o problema interpretativo ou a lacuna, será o caso do recurso aos princípios gerais de direito.

Segundo Silvio Rodrigues, em interessante definição sobre princípios gerais de direito:

Talvez mais valha atribuir à expressão um sentido diferente, pois parece-me que o legislador quer referir-se àquelas normas que o orientam na elaboração da sistemática jurídica, ou seja, àqueles princípios que, baseados na observação sociológica e tendo por escopo regular os interesses conflitantes, impõem-se, inexoravelmente, como uma necessidade da vida do homem em sociedade (RODRIGUES, 2006, p. 23).

Este é, conforme visto, a *ultima ratio* em matéria de solução de lacunas, só sendo aplicado quando falharem os demais instrumentos, quer de interpretação, quer de integração. Seguindo-se esse critério, o aplicador da lei elaborará para o caso concreto a norma jurídica que deveria ser criada pelo legislador, atuando como se este fosse, bem como se terá a garantia da segurança jurídica e de que se observará a lei e um critério objetivo nas hipóteses de incompletude ou ausência desta.

O Código Civil suíço, conforme citação de Silvio Rodrigues, em seu art. 1º, dispõe que, no silêncio da lei e não havendo costume a regular a relação jurídica, o juiz deve decidir segundo as regras que ele estabeleceria se tivesse de agir como legislador (RODRIGUES, 2006, p. 23).

Tanto os princípios gerais de direito nacional, quanto os princípios gerais do direito universal podem ser manejados para a solução de lacunas, não havendo razão para restringir a aplicação aos princípios nacionais somente, até porque situações novas e que jamais foram ventiladas pela legislação, doutrina e jurisprudência nacionais podem ocorrer (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 275).

Assim, procede-se a uma via de mão dupla, pois se vai do particular ao geral e depois se volta ao particular para encontrar a regra jurí-

dica cabível à hipótese estudada, tal como preconizado por Aristóteles (1996, *passim*).

É importante destacar, até porque tal pressuposto terá influência no presente estudo, que não há falar em aplicação de princípios gerais quando o aplicador da lei encontra solução em regras jurídicas expressas no ordenamento jurídico, seja nacional ou estrangeiro, pois, nessas hipóteses, está-se diante de decisão baseada em lei, e não em princípios gerais (GOMES, 1990, p. 51).

Pode ocorrer de os princípios gerais serem extraídos de disposições legislativas, que por processo de generalização, podem adequar-se a novas situações, mediante processo lógico e analógico produzido pelo aplicador da lei. Há, por outro lado, princípios gerais que são meras normas animadoras da vontade legislativa e administrativa do Estado, verdadeiras normas programáticas da vida do Estado (GOMES, 1990, p. 51). Ambas as facetas podem interessar no estudo das influências do Processo Penal internacional no Direito Processual Penal brasileiro, na medida em que normas internacionais vigentes entre nós podem influenciar diretamente o direito interno, a jurisprudência e doutrina internacionais e podem também exercer influência nos moldes da segunda característica acima mencionada.

Todavia, para uma boa aplicação dos princípios, surge ainda a necessidade de diferenciá-los das regras, a fim de possibilitar uma perfeita aplicação da norma cabível à hipótese específica.

Por oportuno, frise-se a diferença entre regra e princípio, pois este é um dever de otimização ou normas imediatamente finalísticas, que visam a uma aplicação prospectiva e demandam uma avaliação entre o estado de coisas a ser assegurado e os efeitos da conduta tendente para a promoção do mesmo, ao passo que as regras são normas predominantemente descritivas, retrospectivas, exigindo uma correlação entre os princípios que lhe dão fundamento ideológico e os fatos a que se referem diretamente (ÁVILA, 2007, p. 180).

Fácil é, pois, observar que os princípios correspondem a normas mais gerais do sistema, sendo que as regras são mais específicas, na medida em que se destinam a regular determinada hipótese fática.

Portanto, quando se tem uma regra é muito mais importante respeitá-la do que o princípio, pois não se percebe que ao denominar aquela

de princípio concede-se maior flexibilização à sua aplicação, em situações em que a Constituição, por exemplo, exigiria a presença de uma regra, pois que menos flexível (ÁVILA, 2007, p. 86).

Importante ainda destacar, conforme acentua Humberto Ávila, a interessante construção tripartite das normas, a saber: regras, princípios e postulados normativos, pois como postulado normativo entende o autor a presença de metanormas ou normas de segundo grau, que sobreparam o sistema jurídico, tais como os princípios da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁶.

Pelo postulado da igualdade, a aplicação do direito há sempre de ter em conta a relação entre dois sujeitos, conforme os critérios de diferenciação e a finalidade da distinção e da relação entre eles (ÁVILA, 2007, p. 181).

A razoabilidade funciona como uma diretriz a exigir a correção entre o caso concreto e as normas gerais, esclarecendo-se como a norma pode ser aplicada, seja quanto ao aspecto interno, externo e de relação de equivalência entre duas grandezas (Idem, p. 182).

Por fim, tem-se na proporcionalidade um postulado, aplicável a situações em que haja uma relação de causalidade entre um meio e um fim a ser atingido no caso concreto, atuação finalística esta que só será possível se for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (ÁVILA, 2007, p. 182).

Um meio é adequado, quando promove minimamente o fim, procurando o Judiciário atentar para o fato de que não pode invadir a competência do Poder Executivo, afastando, portanto, tão somente os meios manifestamente inadequados (Idem).

Ele é necessário, na medida em que não haja outro instrumento que possa igualmente atingir o resultado (ÁVILA, 2007, p. 182).

Entende-se por proporcionalidade, em sentido estrito, a análise entre o fim buscado e a intensidade de restrição dos direitos fundamentais, em que se deve indagar se as vantagens a serem conseguidas pela

16 Para um estudo completo do tema, ver Humberto Ávila (2007, p.121-179). Interessante destacar que o autor, por precisão lógica correta, prefere utilizar a expressão 'postulado normativo' à expressão 'princípio', uma vez que aquele se aplica justamente entre princípios, não podendo ocorrer a tautologia de misturar o que se quer definir com o instrumento a auxiliar na definição.

implementação do fim justificam a restrição aos direitos fundamentais (ÁVILA, 2007, p. 182).

Assim, tem-se com a diferenciação entre regras e princípios, além do estudo dos chamados postulados normativos, em cujo centro encontra-se o princípio da proporcionalidade, de fundamental importância para o Processo Penal, importante ferramenta que ajuda a diferenciar as situações fáticas e normativas existentes, assegurando uma melhor aplicação e um melhor equilíbrio entre a eficiência e o garantismo.

Não será, muitas vezes, portanto, necessário falar em aplicação de um princípio internacional, quando se estiver diante de uma regra expressamente prevista no Direito interno brasileiro ou em tratados assinados pelo país e que já preveja a hipótese buscada pelo princípio ou que seja diametralmente oposta a ele, devendo-se, neste caso, abandonar o princípio e ficar com a regra.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça enumera quais seriam as fontes do Direito Internacional: as convenções internacionais, gerais ou especiais, o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

É importante, portanto, entender que o sistema internacional se encontra relacionado ao sistema interno dos países e o desses àquele, já que em última análise, como o próprio art. 38 do Estatuto da Corte alude, as soluções encontradas pelos países podem servir como fonte para o Direito Internacional. Além disso, as experiências do Direito Internacional podem influir nas órbitas internas dos países.

Mireille Delmas-Marty traça um método teórico para estudar essas influências, aduzindo existir um hibridismo e uma harmonização entre o sistema internacional e nacional, na medida em que as normas são formadas pela combinação e fusão entre modelos diferentes, a saber: nacionais e internacionais e que não vai substituir o modelo de Grotius, até então vigente, por um modelo de índole Kantiana e cosmopolita, daí a importância da regra da harmonização, segundo a qual não há uma unificação das normas internas, mas uma aproximação dos modelos nacional e internacional de proteção aos direitos humanos, que os torna compatíveis, a partir do trabalho da jurisprudência regional em matéria de direitos humanos (DELMAS-MARTY, 2002, p. 128).

O importante é definir em que situações podem os dois sistemas – internacional e nacional – se complementar, recebendo o Processo Penal interno os influxos do Processo Penal internacional e, para isso, os elementos teóricos admitidos pelo art. 3º do Código de Processo Penal e os ensinamentos do postulado da proporcionalidade são fundamentais.

2.2.3 A afirmação de um sistema normativo internacional único

A evolução do Direito no plano internacional ocorre nos moldes da formação do Estado moderno, que se formou lentamente a partir do reconhecimento de uma autoridade que se coloca acima dos demais cidadãos para os fins de exercer o governo. Com efeito, no plano internacional ainda se está no estágio inicial desta evolução, na medida em que não existe um ente supraestatal capaz de proceder à implementação de medidas normativas vinculantes aos Estados.

Segundo Kelsen:

O direito internacional, como ordem coercitiva, mostra, na verdade, o mesmo carácter que o direito estadual. Distingue-se dele, porém, e revela uma certa semelhança com o direito da sociedade primitiva, pelo facto de não instituir, pelo menos enquanto direito internacional geral vinculante a todos os Estados, quaisquer órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas. Encontra-se ainda num estágio de grande descentralização. Encontra-se ainda no começo de uma evolução que o direito estadual já percorreu há muito. A formação das normas gerais processa-se pela via do costume ou através do tratado, ou seja, por intermédio dos próprios membros da comunidade, e não por meio de um órgão legislativo especial (KELSEN, 1979, p. 430-431).

Importante ainda frisar que o Direito Internacional possui uma construção escalonada, pois parte da regra de costume internacional segundo a qual *pacta sunt servanda*, norma essa que, dentre outras, tem natureza de norma de Direito Internacional geral, para a formulação de tratados ou convenções internacionais, que nada mais são senão compromentimentos idênticos àqueles existentes nas sociedades primitivas em que não havia uma entidade acima dos indivíduos, famílias ou clãs e finalmente parte para criação de órgãos de controle do cumprimento das normas estabe-

lecionadas por esses tratados, que são os tribunais internacionais ou outros órgãos internacionais, os quais produzem suas próprias normas de caráter inferior, visto que jungidas aos tratados e esses ao Direito Internacional geral. Daí o caráter triplamente escalonado (KELSEN, 1979, p. 432).

Não obstante essa realidade, a história tem revelado um processo de amadurecimento de uma consciência universal pela positivação e defesa dos direitos humanos e pela punição dos chamados crimes internacionais.

A dificuldade de se compreender o Direito Internacional, conforme já acentuado por Kelsen, é o fato de que este não possui os mesmos instrumentos coercitivos que, em regra, encontram-se à disposição dos Estados. Todavia, isso, a princípio, não impede que se reconheça a existência do Direito Internacional, uma vez que este trabalha com as represálias e guerras como objeto de sanção¹⁷.

É interessante notar, tal como indicado por Kelsen, que a diferença entre a sanção existente no direito interno dos países e a do Direito Internacional é meramente quantitativa (KELSEN, 1979, p. 429). Com efeito, pode acontecer de uma represália sustentada pela comunidade internacional, diante da fraqueza política ou econômica de determinado Estado, ser muito mais eficaz – como sanção – do que se fosse estabelecida por este mesmo Estado diante de uma agressão ocasionada por outro Estado.

Assim, a diferença entre as sanções em ambos os planos é de natureza fenomenológica e não jurídica. Daí o cabimento, a nosso ver, do pensamento de Kelsen, o qual se alinha bem à nova dimensão que se pretende dar ao Direito Internacional atual.

Outra confusão que se faz é imaginar que o Direito Internacional não imponha deveres e não confira direitos aos indivíduos, pois atua de forma mediata ao vincular os Estados como sujeitos de direitos e obrigações, na

17 Interessantes as definições que o autor empresta à guerra e às represálias. Para o mesmo, represália “é uma agressão limitada à ofensa de determinados interesses, guerra é uma agressão ilimitada à esfera de interesses de um outro Estado”. Guerra “é ação, realizada por meio da forma armada, que um Estado dirige contra outro, sem se atender ao facto de haver ou não reação contra aquele por meio de uma ação da mesma espécie, isto é, por meio de uma contra-guerra”. (KELSEN, 1979, p. 428). Anota ainda, à pág. 429, que a represália ou guerra quando realizadas quando não sejam reação contra uma violação de direitos é ela própria um ilícito internacional.

medida em que, em última análise são os indivíduos que movimentam o Estado, sendo possível fazer o mesmo paralelo que, no direito interno, pode ser feito entre pessoa física e a pessoa jurídica (KELSEN, 1979, p. 433). Os indivíduos são os principais sujeitos do Direito Internacional, embora sejam levados em consideração, tendo em vista a posição que ocupam no aparelho do Estado (CASSESE, 2005, p. 215). Com efeito, o Direito Internacional não é mais *jus inter potestates*, isto é, um direito que governa relações entre Estados, mas um *civitas maxima*, ou seja, um direito universal que engloba indivíduos, Estados e outras formas de organização (CASSESE, 2005, p. 217).

Evidentemente, o Direito Internacional moderno não mais pretende sustentar sua eficácia meramente nos recursos à guerra ou represálias, mas sim em instrumentos de direito positivo, principalmente em matéria de direitos humanos, de modo a aproximar os sistemas internos e internacionais de sanção. É a fase da positivação dos direitos humanos, tal como acentuado por Bobbio (1992, *passim*).

A guerra, a partir do desfecho da 1ª Guerra Mundial deixou de ser um instrumento lícito para a solução de conflitos internacionais, não sendo mais admitida, a não ser como reação a uma violação do Direito Internacional, ou seja, apenas quando o Estado violado esteja autorizado pelo Direito Internacional a utilizá-la. É o chamado *bellum justum* e que passa a vigorar plenamente com o Pacto Briand-Kellog e da Carta das Nações Unidas (KELSEN, 1979, p. 429).

É, assim, importante definir os limites para o exercício do direito à guerra, pois o Direito Penal Internacional interessa-se também pela conduta dos agentes que participam, de qualquer forma, do esforço de guerra e de seus eventuais excessos. Com efeito, muitos dos crimes internacionais decorrem da ilegalidade do exercício da guerra, consoante se infere dos últimos estatutos que criaram os tribunais penais internacionais.

Kelsen já preconizava a tendência de evolução do Direito Internacional rumo à responsabilização individual e à centralização da imposição de sanções e já dizia que a imposição de sanções pode, desde já, independentemente desta evolução, ser deixada pelo Direito Internacional na mão do direito estadual, para a imposição de penas e sanções

(KELSEN, 1979, p. 436). É exatamente isso que se vê na execução de penas nos atuais tribunais penais internacionais¹⁸ e que diz bem sobre uma colaboração recíproca entre a Justiça Penal internacional e a Justiça dos Estados.

A tese sustentada por Kelsen e que se aplica inteiramente à atual fase do Direito Penal Internacional refere-se à chamada unicidade do Direito Internacional e do direito estadual, em uma concepção monista e com prevalência daquele. Trata-se, com efeito, de uma admirável concepção teórica e avançada para seu tempo, pois trouxe o primado do Direito Internacional como forma de controlar a conduta dos Estados (CASSESE, 2005, p. 216).

2.2.3.1 As teorias monista e dualista

É conhecida pela doutrina a divisão entre as teorias monista e dualista.

Para a primeira, a evolução jurídica levaria, em última análise, ao desaparecimento da divisão entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna estadual, seguindo um crescente processo de centralização até o advento de um Estado mundial (KELSEN, 1979, p. 437). Essa teoria, segundo Antonio Cassese, é baseada em uma série de postulados. Primeiro, o de que existe uma unidade de sistemas legais; segundo, que o Direito Internacional está no ápice da pirâmide e valida ou invalida todos os atos legais de qualquer sistema normativo interno, o que implica na necessidade de submissão da ordem interna à ordem internacional e no afastamento, em caso de conflito, daquela última em benefício desta. Uma última consequência, é que a transformação das normas internacionais em normas internas não é necessária, sob a ótica do Direito Internacional (CASSESE, 2005, p. 215).

Por outro lado, existe a concepção dualista, que vê separadamente a existência de duas ordens estanques, a do direito de cada Estado e a internacional. Esta concepção subdivide-se na teoria dualista com a prevalência do Direito Internacional e concepção dualista com a prevalência do direito interno dos Estados. Esta doutrina, cujos maiores repre-

18 Neste sentido, o Estatuto de Roma, que no art. 104, dispõe sobre a transferência da execução, sob supervisão do Tribunal, a Estados signatários do Tratado.

sentantes foram Triepel e Anzilotti, assume que o Direito Internacional e o direito interno dos países constituem duas categorias separadas de ordens legais (CASSESE, 2005, p. 214). Assim, para que as normas oriundas do Direito Internacional possam ter validade e eficácia no âmbito interno, deve haver um processo de transformação dessas normas mediante sua implementação pelos órgãos internos e soberanos dos países (CASSESE, 2005, p. 214).

São duas visões dicotômicas do mesmo fenômeno, pois, enquanto a visão dualista com prevalência do direito interno empresta maior atenção ao aspecto nacional, considerando a ordem internacional a partir de um enfoque interno e sujeito à aplicação das normas internacionais, mesmo quando assinadas por seus representantes governamentais, ao crivo das instituições internas do país, a visão monista – com prevalência do Direito Internacional – considera que prepondera sempre o Direito Internacional.

Ora, ao passo que a teoria dualista está jungida a uma concepção ultrapassada do conceito de soberania, coube sem dúvida nenhuma a Kelsen a colocação da teoria monista no plano de importância merecida e que colaborou para a aquisição pelo Direito Internacional de um *status* mais adequado às suas características e aos tempos atuais.

Referidas teorias são ainda importantes no que diz respeito à aplicação interna das normas oriundas de tratados internacionais, pois, conforme seja a teoria adotada, admitir-se-á ou não a aplicação imediata das normas internacionais. Assim, por exemplo, para os adeptos da teoria dualista, haveria a necessidade de uma lei interna com o mesmo conteúdo do tratado internacional a ser adotado, por exemplo, para que este produzisse efeitos internamente (REUTER, 1961, p. 432-651). Já para a teoria monista, basta a adoção do tratado no plano internacional para que este produza efeitos internamente, independentemente de qualquer lei interna.

Consoante se tem colocado, uma razão de imperativo lógico impede que se admita a concepção dualista, pois, diante do princípio da “não contradição”, ao se considerar os sistemas de direito interno ou estaduais e o sistema internacional como simultaneamente vinculantes e válidos, não seria possível admitir normas válidas em um e não em outro (KELSEN, 1979, p. 442 e 447).

Triepel, contudo, que foi um dos maiores adeptos da concepção dualista, asseverava que os dois sistemas seriam círculos que estão em contato íntimo, mas que não se sobrepõem, pois não se regem pelas mesmas relações, sendo que não seria possível falar em uma recepção da norma internacional no plano interno sem que a norma interna correspondesse exatamente ao conteúdo da norma internacional (TRIEPEL, 1923, p. 81-97).

Todavia, não é possível emprestar à soberania interna os efeitos ali preconizados, pois em sendo esta a eficiência do Estado no exercício de sua liberdade em relação aos demais Estados, em determinada condição espaço-temporal, em última análise, foi submetida à legitimação do Direito Internacional, quando este admitiu seu exercício pela primeira Constituição histórica do país (KELSEN, 1979, p. 446 e 448).

Mas esse princípio da efetividade do Direito Internacional não é o último fundamento de validade da ordem jurídica estadual, mas sim a norma fundamental pressuposta, esta sim fundamento de ambas as ordens (KELSEN, 1979, p. 453).

Com isso, tem-se uma unidade metodológica que encerra ambas as ordens em um só sistema, em cujo ápice encontra-se a norma fundamental, seguida dos costumes universalmente aceitos, dos tratados e demais pactos internacionais, dos órgãos internacionais responsáveis pela fiscalização quanto à aplicação das normas internacionais e das normas internas de cada um dos países. Portanto, trata-se de um sistema universal e único de direito.

Essa concepção de Kelsen revela uma verdadeira mudança de paradigma, em uma mudança de análise copernicana, em que o Direito Internacional passa a ser o centro de referência. Nesse sentido:

Também podemos comparar a oposição entre as duas construções jurídicas com a oposição existente entre a imagem geocêntrica, ptolomaica, do mundo e a imagem heliocêntrica, copernicana, do mesmo. Assim, como, segundo uma das construções, o nosso próprio Estado está no centro do mundo do Direito, assim, na imagem ptolomaica do mundo, a nossa Terra é situada num ponto central à volta do qual o Sol gira. Assim como, segundo a outra construção, o Direito Internacional ocupa o centro do mundo jurídico, assim, na imagem copernicana do mundo,

o Sol se localiza no centro à volta do qual gira a nossa Terra (KELSEN, 1979, p. 459).

O estudo da integração do Direito Internacional no direito interno é de fundamental importância para o desdobramento deste estudo, até porque as principais influências da Justiça Penal internacional no Direito Processual Penal interno brasileiro ocorrem basicamente pela eficácia dos instrumentos normativos daquela no país.

Ver-se-á a seguir que a jurisprudência brasileira é ainda muito conservadora ao não alinhar o País dentre aqueles que admitem a plena integração do Direito Internacional no direito interno, admitindo-a, mas com a ressalva de que deve se adaptar à Constituição Federal e de sua revogabilidade pelo direito interno que suceder.

Na prática, há ainda uma grande dificuldade de aplicabilidade mesmo de muitas normas internacionais, consoante se observa, por exemplo, quando se está diante da definição do crime organizado, fornecida pela Convenção de “Palermo” e que reiteradamente não tem sido reconhecida no País.

Outro grande problema quanto à integração refere-se a não diferenciação que se faz, entre nós, entre as normas internacionais em geral e aquelas sobre direitos humanos. Com efeito, existe forte tese no sentido de que as normas internacionais sobre direitos humanos ingressariam no direito interno e se posicionariam no ápice da pirâmide jurídica, acima mesmo da Constituição Federal.

A solução da questão está em reconhecer que as normas internacionais em matéria de direitos humanos e, evidentemente, as normas garantistas em matéria de Direito Processual Penal, por explicitarem normas de proteção à pessoa humana, integram, ao lado do princípio do *pacta sunt servanda*, o *jus cogens*, com vinculação, portanto *erga omnes* (STEINER, 2000, p. 87).

Seria inconcebível, diz Sylvia Steiner, conceber normas de países que admitissem, por exemplo, a utilização da tortura, como meio de obtenção de provas, ou a escravidão.

Portanto, a humanidade já teria alcançado um razoável grau de desenvolvimento humanístico, que permite concluir que um determinado

nível mínimo de respeito à dignidade humana há de ser respeitado, independentemente da vontade dos países, havendo, portanto, um Direito Internacional vinculante da vontade destes.

Na realidade, seguindo-se um monismo de compatibilização¹⁹, na esteira do que preleciona Pedro Dallari, e aplicando-se em relação às normas de direitos humanos, poder-se-ia pensar em um sistema que sempre privilegie as normas mais favoráveis aos direitos humanos, o que já tem sido aceito pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Inteiramente aplicável ainda à hipótese o raciocínio de Canotilho, para quem se deve diferenciar as normas formalmente das materialmente constitucionais (CANOTILHO, 2008, *passim*), o que permite concluir, às escancaras, a inteira pertinência do comando inserto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “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 Federativa do Brasil seja parte”.

Infelizmente, apesar do intuito de colaborar com o desate de grave controvérsia jurisprudencial, o constituinte derivado, para complicar a questão, fez inserir novo parágrafo no art. 5º, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Poucas vezes talvez se produziu entre nós um dispositivo constitucional tão infeliz como esse, pois deverá promover verdadeira balbúrdia jurídica, na medida em que, primeiro, assume a existência de duas ordens

19 A tese sustentada pelo autor de um monismo de compatibilização pode muito bem ser estendida à hipótese de normas sobre direitos humanos: “*Parece ser mais adequado, portanto, para se lograr escorar o propósito do presente estudo de formulação de um sistema articulado e coerente de recepção dos tratados no Direito brasileiro, a opção por um ‘monismo de compatibilização’*. Este deve implicar a integração das normas de Direito Internacional Público com o direito interno do Estado, mas, também, acarretar a substituição do enfoque baseado em torno da primazia de uma ou de outra ordem por uma perspectiva de articulação entre ambas, superando-se, assim, a polarização entre monismo internacionalista e monismo nacionalista. Como bem observa Vicenta Marotta Rangel, cuja reflexão é a fonte fundamental para a adoção da concepção a que se está atribuindo a denominação ‘monismo de compatibilização’, “*nem a ordem internacional se dilui na ordem jurídica interna; nem esta naquela se dissolve. ...Elas, ao contrário, se condicionam e se influenciam mutuamente*”. (DALLARI, 2000, p. 13)

normativas diferenciadas, justamente o que a teoria monista – na concepção mais atualizada – abomina, segundo, afasta, de plano, o entendimento doutrinário e também jurisprudencial que se formava no sentido de que, à vista de sua especificidade, os tratados e as convenções sobre direitos humanos teriam assento constitucional, tendo em vista o disposto no § 2º da art. 5º.

Teria sido muito melhor ter deixado como antes.

De qualquer sorte, quer-nos parecer, enquanto não se retire referido dispositivo, que é o que se propugna, para que o país deixe de continuar a ser um infrator contumaz no plano internacional, por não cumprir o princípio basilar do *pacta sunt servanda*, que pelo menos os tratados internacionais plenamente vigentes antes da entrada em vigor da referida emenda constitucional tenham assento constitucional independentemente do *quorum* de sua aprovação, *quorum* este que somente passaria a ser exigido aos tratados assinados após o advento da Emenda.

Cassese, ao apontar solução encontrada pela Constituição da África do Sul, de 1996, e por juristas italianos, informa que os eventuais conflitos entre as normas internas dos países e as oriundas do Direito Internacional devem ser solucionados, em melhor medida pelos tribunais locais – melhor que pelos órgãos legislativos²⁰ – mediante a utilização de dois princípios, a saber: a) princípio de interpretação não conflituosa da norma interna em relação à norma internacional; e b) princípio da especialidade.

Pelo primeiro, toda corte deve preferir uma interpretação de que, em regra, as normas internas devem ser compatíveis com as internacionais e buscar uma interpretação razoável neste sentido acima de qualquer solução que implique em uma inconsistência neste sentido. É, com efeito, o que dispõe a Constituição da África do Sul, em sua seção 233: “Ao interpretar qualquer legislação, toda Corte deve preferir uma interpretação razoável que seja consistente com o Direito Internacional sobre qualquer alternativa de interpretação que seja inconsistente com esse mesmo direito” (CASSESE, 2005, p. 230).

20 Aponta o autor que não poucas vezes, em regra, os parlamentos não têm um conhecimento sistemático do que estão aprovando e podem fazer aprovar determinada lei, que contradiga aquilo a que o país oficialmente aderiu no plano internacional, sem que se tenha discutido ou sequer percebido o ocorrido. Daí ser melhor que o Judiciário faça o controle.

E, pelo segundo, o princípio da especialidade, que consiste no fato de que uma lei posterior deve respeitar uma lei anterior que seja especial, deve ser utilizado para fazer prevalecer as regras dos tratados sobre eventuais leis internas posteriores, pois os dispositivos desses tratados devem ser tidos como “lei especial”, cuja especialidade consiste exatamente na necessidade de ser posta em prática pela legislação estadual (CASSESE, 2005, p. 231).

Tais mecanismos podem ser utilizados pelo Judiciário brasileiro, de modo a recuperar nosso retardamento em relação à doutrina e jurisprudência internacionais, pois, consoante Sylvia Steiner:

Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico (STEINER, 2000, p. 91).

De resto, é injustificável o procedimento de qualquer país ao invocar seus procedimentos legais ou seu direito interno como justificativa para não cumprir as normas internacionais, tratando-se de verdadeira norma geral em matéria de Direito Internacional e que foi proclamada pela Corte Internacional de Justiça no caso *Polish Nationals in Danzig* e no caso *Free Zones*, encontrando vedação expressa no art. 27 da Convenção de Viena sobre a elaboração de Tratados: “Uma parte não pode invocar previsões de seu direito interno como justificativa para o descumprimento de um tratado” (CASSESE, 2005, p. 217).

2.2.3.2 O exemplo da União Europeia

Neste ponto, é interessante trazer à baila o exemplo da União Europeia e de como o Direito Comunitário é hoje aceito nos países membros com verdadeira força vinculante.

Daí é também importante tecer alguns comentários a respeito de como esse processo, até então inédito, de integração entre países foi criando um sistema normativo único, transformando-se em um *tertius genus* entre os Estados e o Direito Internacional Público, ainda que não estivesse previsto inicialmente nos tratados que deram origem à União Europeia (CAMPOS, 1994, p. 224).

Conforme acentua José Antonio Farah Lopes de Lima:

Destarte, trata-se de uma revolução normativa, pois o legislador nacional, representante legítimo da soberania popular, não mais adota decisões de forma autônoma e completamente independente, agindo apenas no interesse da comunidade nacional. Não, seu agir deve estar coordenado com as diretrizes da União Europeia, e cada vez mais os ordenamentos nacionais serão moldados pela impulsão comunitária, principalmente após a ratificação da Constituição Europeia. Ocorre inegavelmente uma flexibilização do conceito clássico de soberania nacional, em prol de uma União Política europeia (LIMA, 2007, p. 253).

É interessante observar que esse processo foi, portanto, já que não previsto na legislação, essencialmente de base jurisprudencial, a partir dos julgamentos do Tribunal de Justiça da União Europeia, com início no Acórdão Costa/ENEL, de 15 de julho de 1964 (LIMA, 2007, p. 253).

Desta feita, ou seja, como essencialmente tratou-se de um fenômeno jurisprudencial, nada obsta que o sistema processual penal oriundo do Tribunal Penal Internacional que decorreu, conforme visto, de um longo processo evolutivo rumo à responsabilidade individual por crimes internacionais, e que também prevê, tal como a União Europeia, um sistema organizado de decisões independentes dos Estados, possa aos poucos se impor, como paradigma, aos Estados signatários do Estatuto de Roma.

Na União Europeia, o princípio da aplicação de ofício do Direito Comunitário, que não se aplica no âmbito do Mercosul, é originário do Direito Internacional.

Já houve oportunidade de salientar, conforme ensinamento de Kelsen, que a evolução do Direito Internacional segue a mesma sorte do direito interno. Em outras palavras, há uma similitude na evolução de ambos os direitos.

Isso pode ser comprovado, por exemplo, com o fenômeno do Direito Comunitário, pois foi graças ao seu desenvolvimento que as bases supranacionais desenvolveram-se (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 106). Aos poucos foi surgindo uma autoridade europeia capaz de ditar normas gerais vinculativas aos demais Estados.

É possível concluir que, algum dia, haverá uma entidade internacional com poderes normativos supranacionais, sendo que as experiências do Direito Comunitário são um passo neste sentido.

No âmbito do Direito Comunitário, conforme salienta Raul Cervini, existem normas diretamente aplicáveis e normas não diretamente aplicáveis. Aquelas criam direitos e obrigações, independentemente de uma norma interna dos Estados, como são exemplos as normas dos tratados fundamentais comunitários e com os regramentos comunitários. Já as não diretamente aplicáveis referem-se às diretivas da Comunidade Europeia, pois requerem um ato normativo concreto dos Estados-partes (CERVINI; TAVARES, 2000, p. 106).

A União Europeia se baseia em três pilares: o primeiro refere-se à comunidade europeia e aos instrumentos normativos de base supranacional ou comunitária, aplicáveis a todos os Estados integrantes; o segundo, à política externa e à segurança comum e um terceiro pilar, aos atos de cooperação policial e judiciária em matéria penal, segundo as disposições do Título VI do Tratado da União Europeia (ESTELLITA, 2004, p. 28).

Assim, se de um lado existem normas que se aplicam diretamente aos países, há um campo que depende da cooperação dos mesmos, em um plano horizontal de participação, referente à cooperação internacional.

É claro que, no que se refere ao primeiro pilar, conforme visto acima, a depender da inclinação mais favorável à integração comunitária ou não, poderá haver uma interpretação que procure ver normas genéricas onde o Direito Comunitário estipula preceitos concretos, de modo a evitar a aplicação imediata deste, pois o corolário disso é a possibilidade de qualquer um fazer valer o estipulado no nível comunitário diretamente no âmbito interno dos países, exatamente o que não desejam aqueles que ainda se apegam ao dogma da soberania e da territorialidade.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJ-CE) teve a oportunidade de estipular os requisitos necessários para que as normas comunitárias possam ter efeito direto nos Estados-partes: a) é necessário que a disposição seja válida, isto é, que a sua criação tenha observado as exigências do Direito Comunitário; b) da própria natureza da norma devem resultar direitos e obrigações a serem diretamente invocados perante a justiça dos Estados; c) é necessário que a recepção da norma comunitária na ordem jurídica interna tenha lugar por si mesma, sem provocar transformação no direito interno; e d) a norma

comunitária deve ser clara, precisa e não deixar o mínimo espaço para a discricionariedade dos Estados (ESTELLITA, 2004, p. 28).

No que tange à cooperação entre os países, que se aplica diretamente em relação às questões penais e processuais penais no âmbito da União Europeia, as contribuições do que ali ocorre podem ser interessantes ao Direito Processual Penal brasileiro.

Por primeiro, conforme já consignado, quando se fala em cooperação internacional no âmbito da União Europeia, está-se diante de um grande número de questões que podem ser disciplinadas por esse instrumento, na medida em que apenas aquelas realmente supranacionais é que podem ser disciplinadas pelos instrumentos de aplicação direta do primeiro pilar, na esteira do que dispõe o art. 2º do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Quanto ao terceiro pilar, que nos interessa aqui, os instrumentos para a promoção de cooperação estão previstos no art. 34 do Tratado da União Europeia: a) posições comuns; b) decisões-quadro; c) decisões; e d) convenções.

A **posição comum** é o meio pelo qual o Conselho define a política da União em matéria de cooperação policial e judicial, comprometendo-se os Estados-membros a cumprir, na ordem interna, as determinações (ESTELLITA, 2004, p. 45).

A **decisão-quadro** é um instrumento de aproximação das disposições legislativas dos Estados-membros, não possuindo efeito direto, partindo de iniciativa da Comissão da União Europeia ou de Estado-membro, vinculando os Estados quanto ao efeito a alcançar, mas ficando os legisladores internos livres quanto à forma e aos meios de fazê-lo (ESTELLITA, 2004, p. 45). São instrumentos normativos do terceiro pilar e objetivam a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados membros, vinculando-os quanto ao resultado a ser alcançado, mas não quanto aos meios (LIMA, 2007, p. 257).

Diferem das diretivas do primeiro pilar, uma vez que não têm efeito direto ²¹.

21 Ainda que exista esta divisão entre primeiro, segundo e terceiro pilar, em que o primeiro volta-se às normas de base comunitária e de aplicação supranacional, o segundo a questões relativas à política externa e o terceiro à segurança e Justiça, existe o fenômeno da "passarela", ou seja, de passagem de normas do terceiro pilar para o primeiro pilar, passarela este de via única. (LIMA, 2007, p. 257)

Pela **decisão**, abrangem-se áreas que não dependem da aproximação das legislações nacionais (ESTELLITA, 2004, p. 46).

Finalmente, pela **convenção**, cria-se um instrumento intergovernamental tradicional restrito à cooperação policial e judiciária em matéria penal, a partir do Tratado de Amsterdã (ESTELLITA, 2004, p. 46).

A par dessas medidas que ocorrem no plano da cooperação internacional, a União Europeia, passou a sentir a necessidade de medidas mais efetivas e diretas de intervenção da União Europeia nos Estados, principalmente em matéria criminal para a proteção das finanças da própria União.

Assim, em 2000, criou-se um grupo de trabalho de peritos, coordenados pela jurista Mireille Delmas-Marty, que apresentou um *corpus juris* de disposições penais para tutela dos interesses financeiros da União Europeia, sendo que na terceira parte do trabalho trata-se do Processo Penal propriamente dito (ESTELLITA, 2004, p. 92).

O art. 18, n. 2, cria a figura do promotor público europeu, que detém autoridade para investigar, acusar e submeter a julgamento pessoas, físicas e jurídicas, suspeitas da prática de crime definido no *corpus juris*, sendo ele independente das autoridades nacionais, como das instituições comunitárias, constituindo os territórios dos Estados-membros da União uma só área legal para fins de investigação, acusação, processo e execução de sentenças.

O art. 18, n. 4, prevê a indivisibilidade e independência do promotor, que será um diretor em Bruxelas, havendo diversos delegados nas capitais dos Estados-membros (art. 18, n. 3), havendo ainda a previsão do “juiz das liberdades”, que será encarregado de zelar pela regularidade do procedimento preparatório nos crimes definidos no *corpus juris*, que poderá expedir o chamado “mandado de prisão europeu”, que poderá ser cumprido em qualquer parte do território da União Europeia.

Os arts. 26 a 34 tratam do procedimento propriamente dito, em que as cortes aplicaram a legislação processual local, combinada com as disposições do *corpus juris*. Observe-se que, da mesma forma com o que ocorre com o TPI, no âmbito da União Europeia também se opera com o princípio da complementaridade, deixando precipuamente às legislações locais a aplicação da legislação processual, seguindo-se, con-

tudo, as diretrizes da União e admitindo-se a intervenção do promotor público europeu.

No que toca ao TPI, tem-se que deverá ser assegurado ao promotor do tribunal um papel similar ao do promotor público europeu, sem o que não se concederá a eficácia necessária à atuação do Ministério Público na persecução dos crimes internacionais.

Será essa atuação do Ministério Público, no âmbito do TPI, que assegurará, de um lado, uma maior eficácia às investigações e, por outro, influenciará na maior cooperação internacional dos Estados-membros no plano vertical, instrumentalizando a produção probatória nesse âmbito.

Vê-se, assim, que a União Europeia é atualmente a forma mais avançada de integração entre estados independentes, e seus instrumentos podem servir como paradigma a outros tipos de influência que ordens internacionais ou supranacionais podem exercer sobre os Estados em geral.

Tais soluções são importantes, pois ditam limites entre a atuação normativa comunitária e interna dos países-membros e poderão, certamente, servir como paradigma às soluções que futuramente poderão ser encontradas no âmbito do Mercosul.

No que tange às normas propriamente comunitárias ou do primeiro pilar, no Direito resultante da União Europeia, cristalizou-se o entendimento de que as normas internacionais só têm aplicação interna direta e imediata se o conteúdo da disposição e sua finalidade assim o preverem (CAMPOS, 1994, p. 199).

Assim, conforme acentua Motta de Campos:

Uma norma, qualquer que seja a sua origem e natureza, será directamente aplicável aos sujeitos de direito, públicos ou particulares, se ela os atingir directamente na respectiva esfera jurídica, conferindo-lhes por si própria direitos ou impondo-lhe obrigações que esses mesmos sujeitos de direito possam fazer valer nas suas relações mútuas e que os tribunais nacionais sejam competentes para salvaguardar quando devidamente solicitados, por qualquer parte legitimamente interessada, a fazer aplicação dessa norma (CAMPOS, 1994, p. 199).

Outra importante característica do Direito Comunitário é a sua supremacia em relação ao direito interno dos Estados, em relação às leis ordinárias, decisões judiciais e medidas administrativas, fato este que

não é novidade no âmbito do Direito Internacional Público, conforme se vê dos arts. 26, 27, 42 e 46 da Convenção de Viena sobre tratados, mas que nunca tiveram uma aceitação uniforme nos Estados (CAMPOS, 1994, p. 214).

Foram, contudo, no âmbito do Direito Comunitário da União Europeia, aos poucos, a partir de um intenso labor jurisprudencial, sendo consideradas superiores à ordem interna dos países, tendo em vista o princípio *pacta sunt servanda*, consagrado no art. 27 da Convenção de Viena, naquilo que não conflitam com a ordem interna, a qual fica apenas com sua vigência parcialmente suspensa naquilo que conflitar com a norma comunitária e enquanto esta perdurar (CAMPOS, 1994, p. 216). É o que os ingleses convencionaram chamar de “doutrina *Matter*”, segundo a qual:

O tratado é considerado como uma lei especial, que a lei geral não revoga senão em virtude de disposição expressa: ‘Existe, de certo modo, uma presunção de que a lei não pretendeu interferir com o tratado – presunção que só poderá ser ilidida mediante declaração formal da própria lei. (CAMPOS, 1994, p. 217).

Assim, a partir do exemplo da União Europeia, o que, a princípio, pode-se inferir também ocorrerá, ainda que a longo prazo, com o Mercosul, bem como em outros blocos, eventualmente, pode-se também inferir que algum tipo de evolução rumo a uma maior integração ocorrerá nos países, dentre eles o Brasil, signatários do Estatuto de Roma.

Como as normas processuais penais decorrentes do Estatuto de Roma têm natureza essencialmente garantista ou eficientista, quando se estiver a tratar das primeiras, pois prenes de direitos individuais, poder-se-á falar na aplicação da norma mais favorável e, portanto, na supremacia e aplicabilidade direta e imediata da norma processual penal internacional.

Do mesmo modo, quando se estiver diante de outros instrumentos normativos internacionais.

Tal conclusão é certa, diante do que já se falou quanto às características das normas de direitos humanos, que exigem uma aplicação imediata e superior às ordens internas. Entretanto, não se sabe o quão rapidamente tal aplicação ocorrerá, não sendo possível concluir se essa

influência da ordem internacional ocorrerá na mesma medida da que ocorreu na União Europeia.

A única ideia que se pode extrair é que existe um processo universal de integração de culturas e direitos e que a União Europeia é o exemplo mais nítido e mais revolucionário de integração institucional e normativa, mas isso não significa que será o único.

2.2.3.2.1 A Convenção Europeia de Direitos Humanos

O Convênio Europeu para a proteção dos Direitos e das Liberdades Fundamentais, firmado em Roma, em 4 de novembro de 1950 (CEDH), cuja aplicação fica a cargo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), tem obtido forte aplicação, normativa e interpretativa, no direito interno dos diferentes países europeus, sendo primordialmente aplicável o art. 5º do mencionado diploma:

Artigo 5.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos a seguir e conforme o procedimento estabelecido por Lei:

a) Se foi condenado regularmente em virtude de uma sentença prolatada por tribunal competente.

b) Se foi detido preventivamente ou internado, conforme estabelece a lei, por desobediência a uma ordem judicial ou para assegurar o cumprimento de uma obrigação estabelecida por lei.

c) Se foi detido preventivamente ou internado, de acordo com a lei, para fins de comparecimento ante uma autoridade judicial competente, quando existam indícios evidentes de que se tenha cometido uma infração ou quando se considere necessário para impedir que venha a cometer uma infração ou que vá se evadir depois de cometer uma infração.

d) Se se tratar de internação de menor, em virtude de ordem legal, com o fim de vigiar sua educação ou de detenção, conforme o direito, para fazê-lo comparecer perante a autoridade competente.

e) Se se tratar de internação, conforme a lei, de uma pessoa suscetível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado, de um alcoólatra, de um toxicômano ou de um vagabundo.

f) Se se tratar de detenção preventiva ou da internação, conforme a lei, de uma pessoa para impedir que esta entre ilegalmente em um território ou quando contra a mesma esteja em curso um procedimento de expulsão ou extradição.

2. Toda pessoa detida preventivamente deve ser informada, no mais curto prazo, e em língua que compreenda, os motivos de sua detenção e de qualquer acusação formulada contra ela.
3. Toda pessoa detida preventivamente ou internada nas condições previstas no parágrafo 1, (c), do presente artigo, deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra autoridade habilitada por Lei a exercer os poderes judiciais, e terá direito a ser julgada em um prazo razoável ou a ser colocada em liberdade durante o trâmite do procedimento. A colocação em liberdade pode ser condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado ao júízo.
4. Toda pessoa privada de sua liberdade mediante detenção preventiva ou internação terá direito a apresentar um recurso perante um órgão judicial, a fim de que este se pronuncie, em breve prazo, sobre a legalidade de sua privação de liberdade e ordene sua colocação em liberdade se a prisão for ilegal.
5. Toda pessoa vítima de uma detenção preventiva ou de uma internação em condições contrárias às disposições deste artigo terá direito a uma reparação.

O estudo da Convenção Europeia e a sua influência no direito interno dos países, sob o prisma normativo e interpretativo, é importante para o estudo das influências da Convenção Americana de Direitos Humanos no Direito brasileiro.

Inicialmente, a União Europeia não conferia muita atenção aos direitos e liberdades individuais, pois foi apenas em razão da pressão exercida pelas Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália, até em razão do passado de atrocidades contra os direitos humanos praticadas nesses países, conforme se infere do julgado *Zoolan 1*, em que a Corte Constitucional da Alemanha determinou que, enquanto o Direito Comunitário não levasse em consideração os direitos fundamentais, aquela Corte não reconheceria o efeito imediato do Direito Comunitário, é que a Corte de Justiça da Comunidade Europeia começa a integrar uma gama de direitos fundamentais no seio da Comunidade Europeia, ainda que não houvesse previsão expressa nos tratados europeus para isso (LIMA, 2007, p. 225).

Com o fortalecimento da corte europeia e a efetividade de suas decisões em relação aos ordenamentos jurídicos dos países, cresceu sua legitimidade e influência, que veio a se estender inclusive aos tribunais

penais internacionais, notadamente o Tribunal Penal da ex-Iugoslávia e o TPI e seu estatuto, e que acaba, em última análise, por influir também sobre o Direito Processual Penal brasileiro.

No âmbito do Direito europeu tem-se considerado que a Convenção tem primazia sobre as normas do direito interno dos países, inclusive de suas constituições, quando os direitos reconhecidos na Convenção têm alcance maior que os direitos fundamentais previstos nas constituições (AMBOS, 2008, p. 4).

Segundo José Antonio Farah Lopes de Lima:

As questões de direitos fundamentais interferem bastante nos processos penais nacionais, e vimos toda a influência da Convenção Européia de Direitos Humanos na construção do 'Corpus Iuris' comunitário. A capacidade da União Européia de influenciar as escolhas nacionais em matéria de Direito Processual Penal estava bastante limitada, até que o estabelecimento do Tratado de Maastricht, com a inclusão do terceiro pilar, reforçando a cooperação policial e judiciária na Europa, mudou tal perspectiva (LIMA, 2007, p. 231).

Outra importante influência da Convenção e dos julgados da corte europeia é a forte influência que exerceu nos tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda e que exerce sobre o Tribunal Penal Internacional, na medida em que tem fornecido importantes critérios para a uniformização do que se entende por justo processo ou processo equitativo, guardando o mérito de examinar, sob uma perspectiva uniforme, sistemas antagônicos (ZILLI, 2006, p. 135).

2.2.3.2.2 As relações de coincidência e de interferência entre o Direito Comunitário e o Direito interno dos países

Quando se estuda o fenômeno da União Europeia, está-se diante de um espaço normativo único que convive com ordens normativas com soberania e que atuam complementarmente e autonomamente em relação àquela.

Assim, não poucas vezes conflitos ocorrem, na medida em que existe uma pressão interna dos países soberanos de fazer valer no âmbito comunitário suas pretensões.

Por outro lado, há também uma forma de expansão do espaço normativo único do Direito Comunitário. Daí, é possível vislumbrar os não poucos conflitos que resultam disso.

Assim, é possível identificar que existe uma zona de interferência normativa, oriunda das normas comunitárias, principalmente do primeiro pilar, e que se aplicam diretamente na ordem interna dos países e referem-se principalmente aos aspectos financeiros e econômicos da Comunidade Europeia. É o que se convencionou chamar de zona de coincidência normativa (LIMA, 2007, p. 50).

Segundo José Antonio Farah, em comentário sobre a influência do Direito Comunitário sobre o Direito Penal interno dos países:

Vendo a necessidade de sanções apropriadas ao descumprimento dos Regulamentos comunitários e vendo que nem todos os Estados previam sanções proporcionais relativas a este descumprimento, a União Européia começa a “invadir” o espaço antes exclusivo dos Estados nacionais e determina, em certas hipóteses, que os Estados penalizem certas condutas. Esta influência do Direito Europeu sobre os sistemas penais dos Estados membros se faz sentir sobretudo a partir da adoção do Tratado de Maastricht. Deste modo, passamos de uma relação inicial de indiferença para uma relação de interferência ou de justaposição entre a matéria penal e o Direito Comunitário (LIMA, 2007, p. 50).

Nesses domínios de interesses econômicos propriamente ditos, em que sobressaem os interesses da Comunidade Europeia, os tratados comunitários comandam uma harmonização normativa. Daí, por exemplo, a iniciativa do *corpus juris* a fim de preservar as finanças comunitárias.

Assim a figura do promotor europeu que se pronuncia, principalmente, para fazer valer os interesses financeiros da comunidade, significa um processo rumo a uma unificação cada vez mais intensa e abrangente de diferentes áreas.

Há também, conforme acentua o autor, o fenômeno da neutralização, pelo qual ocorre a primazia e o efeito direto da norma comunitária de estatura do primeiro pilar, ocorrendo uma plena influência sobre os direitos penais nacionais, notadamente o econômico, não havendo mais liberdade ao legislador nacional para prever isoladamente normas penais para proteção de bens jurídicos nacionais (LIMA, 2007, p. 247).

Há ainda limites para a neutralização da norma nacional, a saber: a) aplicação das cláusulas de salvaguarda da ordem pública nacional; b) situação puramente interna; e c) neutralização *in malam partem* (LIMA, 2007, p. 249).

São, portanto, limites ao fenômeno da neutralização, que é uma das formas mais eficazes de influência das normas comunitárias sobre o direito interno dos países. Pela cláusula de salvaguarda de ordem pública, em situações excepcionais e restritivas, como no caso da “vaca louca” em que houve um conflito entre as normas comunitárias de liberdade de circulação de mercadorias e dispositivos penais quanto à importação da carne bovina inglesa, prevaleceram as disposições penais do Direito interno (LIMA, 2007, p. 249). Nas situações puramente internas, em que a norma não interfere no aspecto comunitário, também não há falar em neutralização. Por fim, se a neutralização tem como efeito reduzir o espaço de liberdades resultante da União Europeia; em outras palavras, se o próprio Direito Penal interno é mais garantista do que o comunitário, aquele resta aplicado, em detrimento deste (LIMA, 2007, p. 250).

É interessante que tais construções teóricas, próprias do Direito Penal que resultam da União Europeia, servem como ilustração de que o fenômeno das influências de uma ordem supranacional ou internacional no direito interno dos países que sejam membros de determinada União de países ou de tratados internacionais é possível e, de fato, é fenômeno perceptível e cada vez mais presente no mundo.

Sob outro aspecto, em matéria de normas processuais penais essas influências também ocorrem, até porque as normas processuais penais são a garantia de aplicação das normas penais e também porque são os baluartes da salvaguarda, no que toca à União Europeia do chamado “espaço de liberdades”.

Por isso, a importância, no âmbito da União Europeia, das normas do terceiro pilar, notadamente voltadas ao fenômeno da cooperação internacional entre os países, observando-se um fenômeno da processualização do Direito Penal, em decorrência desse processo de integração gradativo e também, por exemplo, devido à influência marcante da *Common Law* no Direito Comunitário, como se vê do instituto da transação penal, que se aplica no continente europeu (LIMA, 2007, p. 263).

Segundo José Antonio Farah Lopes de Lima:

Se classicamente o direito processual é adjetivo ao direito material, o primeiro sendo instrumento de efetivação e concretização do segundo, mui-

tas vezes o direito material surge para facilitar o processo e condenação de certas condutas (LIMA, 2007, p. 263).

A definição aberta de organização criminosa, de terrorismo, o reconhecimento mútuo de decisões penais, a implementação do mandado de prisão europeu, o futuro mandado de obtenção de provas penais europeu e o promotor europeu enquadram-se nesta premissa.

Portanto, é cada vez mais importante, e o exemplo da União Europeia assim o demonstra, o papel das normas processuais penais no seio de determinada organização supranacional, seja, como visto, para melhor implementar as normas penais e garantir maior efetividade à entidade como um todo, seja para a salvaguarda dos direitos fundamentais na mesma órbita.

2.2.4 Conclusões específicas

De tudo o que foi dito até o presente momento, vêm a lume algumas premissas metodológicas e que permitem construir hipóteses, conforme se verá ao longo deste estudo.

Por primeiro, frise-se que as ideias acima expostas e que demonstram a preeminência da concepção monista – com prevalência da norma internacional –, teoria esta que mais de perto protege os valores universalmente consagrados dos direitos fundamentais e de fundamental importância no Processo Penal, informam que as normas internacionais oriundas de tratados internacionais assinados pelo Brasil em matéria de persecução penal têm aplicabilidade imediata, quando referentes a comportamentos ou condutas a serem aqui implementadas.

Segundo: nas hipóteses de normas internacionais assinadas pelo país e referentes a procedimentos a serem adotados por cortes ou órgãos internacionais penais, estas não terão aplicabilidade imediata para procedimentos internos do país, até porque não diretamente relacionados ao direito interno, no entanto, ineludivelmente têm aplicação interpretativa e de integração de eventuais lacunas existentes no Processo Penal brasileiro.

Terceiro: regras de cooperação internacional adotadas e assinadas pelo país com outros países, organismos ou cortes internacionais, devem ter aplicação imediata no direito interno brasileiro, bem como influenciando a aplicação de outras normas internas e que sejam antinômicas àquelas.

Quarto: o exemplo da União Europeia está a demonstrar o processo pelo qual é possível que a soberania dos países seja mitigada para a consecução de um ideal maior de organização em que todos se beneficiam economicamente, bem como também pela implementação de um espaço normativo único que preveja um patamar mínimo de proteção aos direitos e liberdades individuais. Demonstra ainda que tal evolução decorreu, muito mais, de uma evolução sociológica do que normativa e que as soluções jurisprudenciais encontradas podem, indiretamente, influenciar, o Processo Penal brasileiro.

2.3 Influência indireta já ocorrida no Processo Penal brasileiro, em uma análise garantista e efficientista

2.3.1 A inversão do ônus da prova e a “lavagem” de dinheiro

A “lavagem” de dinheiro tem sido atualmente um dos crimes em relação ao qual a atenção da comunidade internacional tem se voltado mais, seja em razão da necessidade de combate ao terrorismo, principalmente após o evento do “11 de Setembro”, seja em razão da escalada do crime organizado de uma forma geral.

O fenômeno da “lavagem” de dinheiro sempre existiu, mas começou a ganhar maior importância a partir da globalização e da profunda transformação tecnológica que atingiu a humanidade nos últimos anos (BARROS, 2008, p. 35).

Com efeito, essas mudanças que atingem o mundo devem receber das ciências sociais um olhar diferenciado, pois não é mais possível se estudar qualquer fenômeno social de maneira isolada, mas sim o relacionando a outros eventos, havendo um desafio epistemológico de pensar o mundo como uma sociedade global (BARROS, 2008, p. 36).

A crescente globalização e a correspondente interconexão de fatores econômicos e financeiros causaram também um terreno fértil para a proliferação de diversos crimes voltados a uma escala mundial, tais como o tráfico de armas, o tráfico de drogas, de pessoas e a corrupção (SANCTIS, 2008, p. 1). Referida criminalidade traz consigo uma quantidade inesgotá-

vel de dinheiro que é, em parte, destinado para a corrupção de agentes estatais, que garantem, na maioria das vezes, a impunidade dos delitos. O destino de todos esses recursos é a “lavagem” de dinheiro, que permite aos infratores desfrutá-los livremente, além de causar a deterioração da moral da sociedade como um todo e a deslegitimação do controle jurídico (SANCTIS, 2008, p. 1).

Segundo Daniel Paes Norgren:

O mesmos avanços que tornam possíveis a liberalização do comércio e o desenvolvimento de atividades ao redor do mundo, servem também de ferramentas para atividades de lavagem de dinheiro. A enorme malha de transações internacionais lícitas serve para encobrir as ilícitas. A variedade de métodos e instrumentos financeiros utilizados globalmente garante um ar de legitimidade ao dinheiro sujo (NORGREN, 2008, p. 25-26).

Uma característica básica do crime de “lavagem” de dinheiro é sua multidisciplinaridade, uma vez que envolve diferentes áreas do conhecimento humano e dela obtém instrumentos para uma maior repressão ao fenômeno (BARROS, 2008, p. 43). Com efeito, a lei de “lavagem” trata de diferentes instrumentos, nas mais diferentes áreas das ciências sociais seja no âmbito econômico, finanças, no Direito Administrativo, Tributário, entre outros.

Esse efeito é próprio da característica básica do crime de “lavagem”, qual seja a de pressupor a “colocação”, a “dissimulação” e a “integração” (BARROS, 2008, p. 46), em que diferentes operações econômicas e jurídicas são implementadas para permitir a saída do capital e o percurso de um itinerário que apague rastros e assegure o retorno segurado do capital já “regularizado”.

Portanto, diante dessa característica multidisciplinar da “lavagem” e também do fato de que é necessário combater a criminalidade antecedente e uma dessas formas é fortalecer o combate ao crime de “lavagem”, a comunidade internacional por meio de organismos internacionais e regionais tem subscrito vários instrumentos normativos que recomendam aos países a adoção, em suas respectivas legislações, de normas que tipifiquem o crime de “lavagem” de dinheiro como tipo penal autônomo, bem como o implemento de mecanismos para a sua persecução (SANCTIS, 2008, p. 1).

Fundamental, assim, o papel da cooperação internacional diante das características multifacetadas do fenômeno da “lavagem”.

Observa David Paes Norgren, contudo, que a cooperação internacional ainda é muito tímida no combate ao referido delito:

Todavia, essa cooperação internacional ainda não atingiu o nível suficiente para um combate eficaz. O consenso e a unanimidade nas diretrizes a serem seguidas e nos conceitos a serem adotados ainda são uma utopia distante. Muitos dos temas de debate servem mais para defesa dos interesses nacionais do que para a uniformização de conduta. As recomendações eram implementadas em velocidade diferente pelas jurisdições, e muitas delas o faziam atuando na realidade como o faziam anteriormente (NORGREN, 2008, p. 32).

Inúmeros instrumentos e ações internacionais têm recomendado ações neste sentido, tais como a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1980, R(80) 10; a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas; as Regras e Práticas de Controle de Operações Bancárias; o Grupo de *Egmont*; Atividades do Grupo de Ação Financeira (GAFI – *Group d'Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux* FATF – *Financial Action Task Force on Money Laundering*); Convenção Europeia n. 141 sobre “Lavagem”, Rastreamento e Confisco dos Produtos do Crime no âmbito do Conselho da Europa, de 1990; Diretivas relativas à prevenção da utilização do Sistema Financeiro para a lavagem; Ação Comum de 1998 e Decisões-Quadro do Conselho da União Europeia; Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD/OEA); Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e Convenção do Conselho da Europa relativa à “Lavagem” de Dinheiro, Apreensão, Perda e Confisco das Vantagens do Crime e ao Financiamento ao Terrorismo (SANCTIS, 2008, p. 2-12).

Não é objetivo deste trabalho tratar do crime de “lavagem” e de todas as características, mas apresentar as influências internacionais no Processo Penal brasileiro no que tange a esta modalidade de delito, o que é indiscutível, a partir da verificação de que todos esses instrumentos internacionais têm influenciado, no plano normativo, a produção de leis tendentes à repressão desse tipo de criminalidade, tratando-se de inegável influência sob o prisma da eficiência.

Vale frisar, por exemplo, que ao ratificar um desses pactos, especificamente a Convenção de Viena das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991, o Brasil comprometeu-se a derrogar o sigilo bancário e, facultativamente, a inverter o ônus da prova relativamente à origem ilícita dos bens, conforme se verifica do art. 5º, números 1, 2, 3 e 7.

Exceção feita aos instrumentos normativos oriundos de convenções, que possuem indiscutível força vinculante, as recomendações dos grupos administrativos, como o GAFI, por exemplo, ainda que sem esse efeito obrigatório, exercem influência internacional sobre vários países, inclusive não membros que evitam a perda de credibilidade, e são recomendados por diferentes instituições internacionais, tais como o FMI e o Banco Mundial (SANCTIS, 2008, p. 5).

No Brasil, o crime de “lavagem” de dinheiro foi tipificado com a Lei n. 9.613/1998, destacando-se a inversão do ônus da prova, prevista no art. 4º, e seus parágrafos como um exemplo de medida eficientista que decorre da influência internacional.

Referida inversão do ônus da prova, como visto, é prevista na Convenção de Viena sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias (art. 5º, item 7), na Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (art. 12, item 7), na Convenção de Varsóvia sobre Lavagem de Dinheiro e financiamento do Terrorismo (art. 3º, item 4) e na Recomendação n. 3 do GAFI (SANCTIS, 2008, p. 43).

Trata-se, com efeito, de uma presunção *juris tantum*, em que, se presentes indícios suficientes é possível o perdimento se o investigado não demonstrar a origem lícita dos bens.

Pautou-se a lei, neste particular em diplomas e determinações internacionais, suavizando os dogmas tradicionais para a aplicação do Direito Penal da atualidade (SANCTIS, 2008, p. 45).

José Antonio Farah Lopes de Lima lembra que o conjunto de normas previstas no *corpus juris* optou por conteúdo garantista em detrimento da visão funcionalista, adotada por vários estados europeus, em matéria de terrorismo e “lavagem” de dinheiro, e que segue o pensamento eficientista acima mencionado, preferindo apontar à acusação o ônus de provar suas alegações (LIMA, 2007, p. 185).

Aponta Scarance Fernandes a existência de três entendimentos em relação à interpretação quanto ao alcance da inversão desse ônus da prova: um primeiro entendimento, no sentido de que o princípio constitucional da presunção de inocência impede a inversão do ônus da prova para qualquer fim, cabendo ao Ministério Público o ônus de provar também a origem ilícita dos bens; um segundo entendimento que admite a perda dos bens se o acusado não comprovar a origem lícita dos bens e um entendimento intermediário que admite a inversão do ônus da prova para a restituição dos bens durante o processo, mas condiciona a perda desde que o Ministério Público prove a origem ilícita desses bens (FERNANDES *et al.*, 2009, p. 21).

Conclui Scarance Fernandes:

É aceitável o condicionamento da liberação de bens apreendidos à produção de prova, pois o processo serve exatamente para o Ministério Público demonstrar a culpabilidade do acusado e a origem ilícita dos bens apreendidos. O problema maior está na perda dos bens, após condenação, sem prova segura de que foram adquiridos com proventos auferidos da atividade criminosa (FERNANDES *et alli.*, 2009, p. 21).

Realmente, admitir a inversão do ônus na fase de mera deliberação quanto à restituição dos bens, parece razoável, como bem restou salientado acima, contudo, admiti-la inclusive para a perda dos mesmos já é medida exagerada que deturpa a presunção de inocência e a máxima *in dubio pro reo*.

Trata-se, assim, de indiscutível influência internacional, sob o prisma da eficiência.

Entretanto, esta presunção de ilicitude é *juris tantum* e, consoante entendimentos jurisprudenciais, deve o Ministério Público promover a demonstração da origem ilícita dos bens, vigorando o princípio da presunção de inocência, não podendo todo o patrimônio do investigado, desde que comprovada a origem lícita de parte dele, ser apreendida:

Apreensão indiscriminada de bens do investigado, que não se coaduna com o princípio da proporcionalidade. Evolução patrimonial justificada através de declarações de renda e exercício de atividade lícita. Medida constrictiva que viola o princípio constitucional da presunção de inocência²².

22 TRF- 1ª, Des. Federal Carlos Olavo, DJ de 25/05/2006.

Ainda:

Não podendo ser decretada por mera suspeita, não sendo admissível, da mesma forma, que seja decretada de modo universal e generalizado, de modo a alcançar todos os bens dos acusados e suspeitos, no Brasil e no exterior, como uma pena de morte patrimonial. Ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal²³.

Assim, a ponderação entre os valores da eficiência na repressão, representado pelo instrumento legislativo da inversão do ônus, consoante explanado, e que advém do plano internacional e os valores garantistas previstos na Constituição Federal, como também em pactos internacionais de direitos humanos foi muito bem realizada pelos julgados citados, não se admitindo a aplicação indiscriminada do novo instituto.

2.3.2 A “Lei Maria da Penha”

Em 2001, o Brasil sofreu sua primeira condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência das violências sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes, em Fortaleza-CE, que por duas vezes sofreu tentativa de homicídio por parte de seu marido M.A.H.V., na primeira vez, em 29 de maio de 1983, em que simulou um assalto e usou uma espingarda, em razão do que Maria da Penha ficou paraplégica e, alguns dias depois, houve nova tentativa, em que buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica, enquanto a vítima tomava banho (DIAS, 2009, p. 13).

A denúncia contra o marido foi oferecida em setembro de 1984 e, apenas em 1991, o acusado foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Depois recorreu em liberdade e teve seu julgamento anulado. Após o novo julgamento em 1996, sofreu a condenação de dez anos e seis meses, recorrendo em liberdade e, apenas em 2002, 19 anos e 6 meses após os fatos, é que foi preso, cumprindo apenas dois anos de prisão (DIAS, 2009, p. 13).

As recomendações específicas ao Estado brasileiro, tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos consistiram em: a) comple-

23 TRF- 1ª, Des. Federal Olindo Menezes, DJ de 18/11/2005.

mentar o processamento penal do responsável; b) proceder à investigação e responsabilização sobre as irregularidades e atrasos injustificados do processo; e c) prover a reparação simbólica e material à vítima.

Ocorreram também recomendações de políticas públicas, nos seguintes termos: a) capacitar funcionários judiciais e policiais especializados; b) simplificar procedimentos judiciais penais, reduzindo o tempo processual, sem afetar direitos e garantias do devido processo; c) promover formas alternativas de solução de conflitos intrafamiliares; d) multiplicar o número de delegacias especializadas, seus recursos e apoiar o Ministério Público nos informes judiciais; e) incluir, nos planos pedagógicos, unidades curriculares sobre o respeito à mulher, a seus direitos, a Convenção de Belém do Pará e manejo de conflitos intrafamiliares.

Em decorrência da utilização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em ações de litígio e de monitoramento, bem como em razão da pressão política internacional e nacional, em março de 2002, o processo criminal foi concluído e o caso Maria da Penha foi reportado pela sociedade civil ao Comitê CEDAW por ocasião de sua 29ª sessão, que examinou o Relatório Nacional Brasileiro (inicial e periódicos, consolidados, de 1985 a 2001) e, em suas observações finais, recomendou ao Estado, entre outras ações, adotar “sem demora legislação sobre violência doméstica” e “medidas práticas para seguir e monitorar a aplicação desta lei e avaliar sua efetividade” (CEDAW/C/2003/II/CRP.3/Add.2/Rev.1, 18 de julho de 2003) (CEDAW, A/58/38)²⁴.

Em 2006, como resultado da ação conjunta da sociedade civil e do Estado, aprova-se a Lei n. 11.340 (“Lei Maria da Penha”), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, e visa dar cumprimento ao § 8º do art. 226 da Constituição Federal, ao Comitê CEDAW e à Convenção de Belém do Pará, dispondo sobre os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher; alterando o Código Penal e de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, entre outras providências (DIAS, 2009, p. 13).

Segundo observa Maria Berenice Dias:

24 Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à CEDAW, período 2001-2005, p. 9, <www.agende.org.br>. Acesso em: 8 out 2009.

A repercussão foi de tal ordem que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Apesar de, por quatro vezes, a Comissão ter solicitado informações ao governo brasileiro, nunca recebeu nenhuma resposta. O Brasil foi condenado internacionalmente em 2001. O relatório da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas, ‘simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual (DIAS, 2009, p. 14).

Assim, como resultado de todo esse processo, e da influência da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2001, na modificação legislativa no direito interno brasileiro, sobreveio a Lei n. 11.340, de 7/8/2006, em vigor desde 22/9/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Dentre as muitas alterações da lei, que visaram a melhor punir a chamada “violência doméstica”, cumpre mencionar tão somente as principais modificações processuais penais e que tiveram por objetivo implementar medidas a tornar mais eficiente a persecução penal desses crimes.

Pode-se dizer, portanto, que a “Lei Maria da Penha” é um exemplo de influência da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e que essa influência, no Processo Penal brasileiro, ocorreu sob a faceta da eficiência, tendo em vista a necessidade de uma repressão mais eficaz aos chamados “crimes de violência doméstica”.

Assim, as principais modificações processuais penais implementadas tiveram por objetivo uma maior celeridade e proteção da vítima.

Observe-se que, de resto, é o que se percebe no plano dos tribunais penais internacionais, em que se empresta uma maior proteção às vítimas dos chamados “crimes internacionais”, em detrimento, muitas vezes, de uma concepção clássica de defesa dos direitos individuais dos acusados.

Pretende-se, neste momento, indicar rapidamente as principais influências processuais penais da lei, sendo que o objetivo deste estudo não é esgotar as características das mesmas, mas apenas indicar quais sejam essas influências e quais suas principais características.

Uma primeira influência importante, em matéria de Processo Penal, que pode ser verificada é o disposto no art. 41, da Lei n. 11.340/2006, no sentido de que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Depois de mais de dez anos de aplicação da Lei dos Juizados Especiais, que teve por objetivo imprimir uma maior celeridade aos chamados “crimes de menor potencial ofensivo”, trazendo a possibilidade de aplicação de penas alternativas obtidas mediante transação penal, ficou a impressão nítida na sociedade de pouca eficiência da lei, na repressão a determinados delitos de maior gravidade, como aqueles cometidos, no âmbito doméstico, contra mulheres.

Assim, para fazer frente a essa realidade, imprimindo uma maior eficiência na repressão a tais fatos delituosos, tem-se o disposto no art. 41 da Lei n. 11.340/2006.

Uma segunda influência é a do art. 16 dessa lei, em que se prevê que “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

No procedimento a ser adotado diante da “Lei Maria da Penha”, restou estabelecido no art. 12, I, que cabe à ofendida o direito à representação, quando da lavratura da ocorrência, com a possibilidade de acesso à assistência judiciária gratuita, como prevê o art. 28 da lei. No entanto, conforme se vê do supramencionado art. 16, prevê-se uma audiência especialmente designada, que tem a característica de uma audiência de confirmação da representação, momento em que a vítima, perante a autoridade judiciária e evidentemente com todas as garantias inerentes a tal situação, poderá exercer livremente o seu direito à retratação à representação, tendo a lei se utilizado de termo impreciso quando se refere à renúncia à representação (DIAS, 2009, p. 114).

Há, portanto, um maior cuidado com a figura da vítima, lembrando-se que o art. 4º, da Lei n. 11.340/2006, prevê que na interpretação “serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Expressa, portanto, o objetivo de salvaguardar as situações fáticas especiais e que deram causa a provocação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e desencadearam o processo que resultou na criação da “Lei Maria da Penha” e o caleidoscópio de direitos protetivos ali previstos em relação à mulher, inclusive independentemente de sua opção sexual, conforme preceituam os arts. 2º e 5º, parágrafo único.

Outra influência eficientista importante refere-se à alteração do art. 313 do Código de Processo Penal, que ganhou o inc. IV: “Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Refere o art. 20 da lei que:

[...] em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Ao que parece, neste particular, a lei foi mais além em seu afã pela eficiência do que poderia, sob a égide da Constituição Federal e da proporcionalidade, pois o simples descumprimento de uma medida protetiva, ainda que configure um desrespeito à decisão judicial e deva ser punido sob este aspecto, não deveria configurar sempre na possibilidade de prisão preventiva.

O que se dirá das hipóteses em que a pena abstratamente cominada sequer permitir a restrição à liberdade em regime fechado. Assim, conforme pensa Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 877), não pode permitir que o acusado fique mais tempo preso do que ficaria se condenado definitivamente.

Nada justifica essa desproporcionalidade, e a lei não pode ir além da Constituição, que prevê o princípio da presunção de inocência, da individualização da pena e o princípio do respeito à dignidade humana, em seu núcleo essencial (GEMAQUE, 2006, *passim*). Assim, o equilíbrio entre a eficiência e o garantismo, conforme visto, instrumento balizador do Processo Penal, deve ser aplicado para suavizar os contornos legais e melhor aplicá-lo diante dos sistemas normativos como um todo.

Em sentido oposto, Maria Berenice Dias:

Ora, exigir a presença de todos os pressupostos legais que já se encontravam na lei afastaria qualquer justificativa para a nova hipótese de prisão preventiva, tornando despicinda a alteração levada a efeito pela lei Maria da Penha. Basta a necessidade de assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, se estas, por si só, se revelarem ineficazes para a tutela da mulher, para que o juiz decrete a prisão preventiva do agressor (DIAS, 2009, p. 103).

Não se entende como possa admitir a extensão da prisão preventiva a hipóteses não criminais, como faz Maria Berenice Dias (DIAS, 2009, p. 103).

Prefere-se admitir o cabimento da prisão preventiva para assegurar o cumprimento da medida protetiva, se estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva em geral admitidos no Código de Processo Penal, havendo, no máximo, um vínculo legal que obriga o intérprete a atentar para o cumprimento das medidas de proteção, que são medidas cíveis, e no mais, presentes os demais requisitos legais, utilizar-se de um dos instrumentos, o da prisão preventiva.

2.3.3 O tratamento da revelia

Um assunto interessante e que reflete a influência de normas internacionais em matéria de Processo Penal no direito interno é o relativo à revelia.

Como é sabido, a Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, deu nova redação ao art. 366 do CPP, determinando, *in verbis*:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

O advento da lei, segundo ensinam os eminentes Damásio E. Jesus e Ada Pellegrini Grinover, resulta da não admissão do prosseguimento de processos contra réu revel citado por edital, por parte do art. 14, n.3, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, do art. 8º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), sendo que inúmeros países, tais como Alemanha, Noruega, Suíça, Inglaterra, Áustria, Holanda, Canadá, Uruguai, Argentina e Chile, assim, já se posicionavam (JESUS, 1996, p. 32-33).

Com efeito, a maioria dos países já não admite a extradição na hipótese de condenação à revelia, tendo andado bem o legislador brasileiro ao alinhar-se a um entendimento mundialmente aceito, no sentido de que não pode tramitar um processo contra réu revel citado por edital, com fundamento no princípio da informação (JESUS, 1996, p. 34).

2.3.4 A prisão civil do depositário infiel

A discussão referente à prisão civil do depositário infiel está diretamente relacionada às concepções monista e dualista, existentes em matéria de incorporação ao direito interno dos tratados internacionais.

Como o Supremo Tribunal Federal, a partir de entendimento jurisprudencial que sedimentou o advento da Súmula 619/STF, que admitia este tipo de prisão, entendendo-a constitucional, sufragava o entendimento da teoria monista com predomínio da legislação interna, a prisão civil seguia admitida, muito embora em discrepância com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), que só admite este tipo de prisão na hipótese de devedor de alimentos.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal modificou referido entendimento, vindo inclusive a revogar a mencionada súmula, consolidando o entendimento pelo caráter supralegal das normas internacionais de direitos humanos, nos termos do art. 5º e §§ 2º e 3º, da Constituição Federal²⁵.

Entende, nesta decisão, bem como em precedentes, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os demais tratados internacionais em matéria de direitos humanos têm caráter subordinante da legislação interna do país, prevalecendo, no mais, o princípio inserido nos arts. 7º, n. 7, c/c art. 29, da mesma Convenção, o princípio da primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

Estabelece o STF, conforme posicionamento do eminente relator do HC mencionado, verdadeira “interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição”, quando necessária a medida.

Segundo o eminente Ministro Celso de Melo:

25 Conforme se depreende do *Habeas Corpus* 96.772-8, SP, de 09/06/2009, de relatoria do Ministro Celso de Melo.

Em suma: a análise dos fundamentos em que se apóia a presente impetração leva-me a concluir que a decisão judicial de primeira instância, mantida pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pelo E. Superior Tribunal de Justiça, não pode prevalecer, eis que frontalmente contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Constituição da República, considerada, no ponto, a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em causa, no sentido de que não mais subsiste, em nosso ordenamento jurídico, a prisão civil do depositária infiel, inclusive a do depositário judicial. Evidente, desse modo a situação de injusto constrangimento imposta ao ora paciente.

Em relação à plena eficácia das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, assim, restou consignado na ementa do v. acórdão:

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Assim, em importante mudança de enfoque quanto à matéria, o Supremo Tribunal Federal alinha-se ao que há de mais moderno em matéria de respeito aos direitos humanos no âmbito nacional e internacional, estabelecendo, conforme restou defendido no presente trabalho, a prevalência da norma mais favorável, afastando-se, pois, da velha discussão entre a adoção da teoria monista ou dualista, na medida em que o que importa é a norma que mais proteja as pessoas.

Trata-se, com efeito, de influência de normas processuais internacionais, uma vez que inseridas em tratado internacional de direitos humanos, sob o prisma garantista.

3 – TERCEIRA PARTE

Perspectivas de influência

3.1 Noções gerais

Conforme visto, o direito interno pode ter suas lacunas colmatadas pelas soluções encontradas pelo direito estrangeiro. Assim, os julgamentos realizados nos tribunais penais internacionais instalados até hoje podem colaborar efetivamente com a solução de problemas existentes no Processo Penal brasileiro.

Houve oportunidade de mencionar que o sistema normativo interno brasileiro, como se vê no art. 3º do CPP, admite esse instrumento.

Assim, existem inúmeras situações internas no Direito Processual Penal brasileiro, em que não há clareza, ao contrário, há lacunas, no sentido de oferecer uma resposta segura a inúmeras questões que se apresentam.

Dáí a necessidade dos subsídios que existem no plano internacional e que podem exercer influências no direito interno brasileiro.

Conforme acentua Donald K. Piragoff e Paula Clarke: “O Tribunal Penal Internacional pode servir como modelo de uma justiça criminal que evolui no plano

interno e prevê padrões internacionais para procedimentos justos no contexto dos crimes internacionais graves”²⁶.

Por outro lado, os modelos da *Common Law* e do Direito continental, como formas diferenciadas de aplicação da lei processual penal, exercem grande influência nesses novos exemplos de solução de conflitos penais no nível internacional, bem como no Direito Processual Penal interno. Ressalte-se que no sistema da *Common Law* vigora predominantemente, no que diz respeito ao Processo Penal propriamente dito, o modelo “adversarial” e no sistema continental, o sistema inquisitorial, ainda que essa vinculação de modelos e sistemas não seja automática.

O próprio estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, ao contrário do ocorrido com o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional de Ruanda, resultou de intrincadas negociações entre diferentes países e diferentes sistemas, em que cada um procurava fazer prevalecer seu modelo, mas resultando, ao final, em um modelo que assimila diferentes características, tanto do sistema da *Common Law* quanto do Direito continental (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 365), modelo este que certamente influenciará a Justiça Penal internacional como um todo, bem como os próprios sistemas nacionais dos diferentes países.

O estudo do Direito Comparado de alguns modelos de países estrangeiros oferece ainda soluções importantes para a solução de problemas hermenêuticos internos.

Inúmeras são as questões latentes no Processo Penal brasileiro, desde a fase investigatória, passando pela fase de confirmação da acusação, bem como pela fase de julgamento propriamente dita, pela fase da sentença, da apelação e execução da pena, que se colocam para o descortino dos juristas e que se mostram fundamentais para a definição do modelo que se pretende de Processo Penal.

Nesse sentido, é imperioso que se adentre na análise dos pontos mais salientes da problemática do Processo Penal interno em face do Processo Penal internacional e que se constate a busca do equilíbrio entre o

26 “The ICC has the potential to serve as a model for systems of criminal justice that are developing at the national level and to provide an international standard for fair proceedings in the context of grave international crimes”. (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 363).

garantismo e a eficiência, como nortes indissociáveis do fenômeno processual penal.

Conforme visto, esses, em última análise, são os objetivos maiores do Processo Penal, que nada mais é do que instrumento do Estado para a busca de solução do conflito penal, tendo em vista o alcance da segurança social e do respeito às garantias individuais de todos.

Assim, as soluções apresentadas no âmbito internacional, na medida em que observem esse ineludível equilíbrio entre o “garantismo e a eficiência”, serão importantes para o desenvolvimento de nossas hipóteses e conclusões.

O devido processo legal em matéria de provas, no plano internacional decorre, conforme acentua Donald K. Piragoff e Paula Clarke, de padrões elevados decorrentes de tratados internacionais em matéria de direitos humanos, do costume internacional e dos princípios gerais de direito (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 364).

Referido modelo garantista é que permite o alcance dos objetivos do processo.

Safferling menciona um duplo objetivo da Justiça criminal: um primeiro que está relacionado ao indivíduo e um segundo à sociedade, mas em um sentido diferente do acima mencionado, pois, segundo o autor, um julgamento público assegura que a justiça privada foi afastada e que, portanto, a vítima estará compensada pelo sofrimento causado pelo autor do fato. O segundo objetivo implica em que a sociedade estará protegida de crimes posteriores (SAFFERLING, 2001, p. 17).

Pelo processo criminal, oficialmente estabelecido, a lei penal é aplicada institucionalmente e o autor do fato é censurado publicamente mediante procedimento que é legitimado (LUHMANN, 1980, *passim*).

Assim deve ser um sistema democrático de governo, pois não são mais admitidas as formas absolutistas de aplicação do Direito Penal, nem tampouco a justiça privada.

O processo criminal é uma instituição distributiva, em que a punição como estigmatização social ou abalo da honra objetiva de alguém é distribuída para quem a merece (SAFFERLING, 2001, p. 21).

Para atingir esses objetivos deve o Processo Penal seguir um padrão, devendo-se indagar então qual é este padrão que se almeja no mundo de hoje?

Atualmente, não se pode falar, no plano internacional, em Processo Penal sem que se insira o conceito de “justo processo”, que é um princípio fundamental – atualmente estudado – ou do *fair trial*, e que tem aplicação em todas as fases processuais. Conforme esse princípio, o processo deve ser considerado como meio de eficiência dos direitos humanos, que são considerados fontes do Direito Internacional como um todo, conforme o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (SAFFERLING, 2001, p. 27).

Embora o princípio do justo processo encontre um lugar importante como norma internacional de direitos humanos, não é considerado *jus cogens* (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 369). Antonio Cassese, contudo, pensa diferentemente, vendo no justo processo um princípio de categoria de norma costumeira internacional, que não pode ser afastada pelos tratados internacionais (CASSESE, 2005, p. 394).

O justo processo influencia toda a justiça criminal, desde a fase de investigação até a libertação do ofensor, visando à observância da dignidade da pessoa humana do investigado, acusado ou condenado e a necessidade de medidas protetivas pelo Estado, pois não é possível que seja aplicado o justo processo sem a efetivação de políticas sociais e econômicas, além das medidas que evidentemente digam respeito aos direitos e garantias individuais das pessoas (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 30). Está, portanto, o Estado obrigado a criar certas estruturas capazes de oferecer aos indivíduos, em um segundo nível, posições legais que possam se traduzir em eficiência para o manuseio dos seus direitos individuais, tais como o direito à assistência de advogado, medidas essas que necessitam de políticas orçamentárias do governo para sua efetivação (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 30).

Fundamental, assim, que se visualize o justo processo não só como direito civil e político, mas também como direito social e econômico, obrigando o Estado a implementar políticas públicas de modo a tornar efetivo o respeito aos direitos humanos dos indivíduos. No caso brasileiro, tal observação é ainda mais pertinente se for observado o hiato existente entre um discurso de pseudoaplicação generalizada das leis para a solução de todos os problemas e a omissão estatal em efetivar políticas públicas, com sustentação orçamentária, capazes de incre-

mentar o respeito aos direitos fundamentais daqueles envolvidos em processos criminais.

As defensorias públicas neste País, ainda bastante incipientes, bem revelam a discrepância entre a previsão legal de um Processo Penal justo e a realidade social.

O chamado “justo processo” implica um verdadeiro “caleidoscópio de direitos”, na expressão feliz de Safferling, que, baseado no art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁷, engloba três grandes grupos: 1º) a independência e a imparcialidade do juiz e que envolve diretamente o legislador, de modo a garantir o estabelecimento de instituições que respeitem esses princípios; 2º) princípios gerais que devem presidir o procedimento como um todo, tais como a presunção de inocência e o princípio da igualdade de armas; e 3º) direito a não ser preso arbitrariamente e o de ter acesso a uma defesa (SAFFERLING, 2001, p. 30-31).

Tais princípios, alguns dos quais serão mais bem analisados a seguir, nada mais são do que a aplicação dos direitos humanos diretamente ao Processo Penal, tanto no plano interno dos países, quanto no plano internacional, os quais permitiram o respeito às garantias em geral em equilíbrio à eficiência.

Com efeito, os direitos humanos são considerados como inalienáveis e devem ser respeitados por todas as autoridades estatais, como normas de verdadeira estatura metapositiva, imodificáveis pelos governos (SAFFERLING, 2001, p. 35).

Kant já antevia que um Estado orientado a preservar os direitos humanos é uma precondição à chamada “paz perpétua” e que pressupõe o *jus cosmopolitanum*, além do *jus civitatis* das pessoas em geral com o Estado e além do *jus gentium* dos Estados entre si (KANT, 1995).

Habermas, no mesmo sentido, leciona:

Kant já entrevira, com razão, que o conteúdo semântico dos direitos fundamentais exige um “estado cosmopolita” fundado no direito internacional. No entanto, para transformar a declaração dos direitos do homem, da ONU,

27 Referido Pacto foi promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 e publicado no DOU de 7 de julho de 1992.

em direitos reclamáveis não bastam os tribunais internacionais, pois estes só poderão funcionar adequadamente quando a era dos Estados soberanos singulares for substituída por uma ONU capaz, não somente de tomar resoluções, mas também de agir e de impô-las²⁸.

Esses direitos fundamentais são pressupostos para a comunicação, a qual os efetivará socialmente, na esteira do pensamento do mesmo autor (HABERMAS, 1997, p. 319).

A teoria de Habermas, quanto à validação das normas de ação com as quais poderiam concordar todos os participantes dos discursos racionais, enquanto pessoas afetadas e diretamente atingidas por essas normas (HABERMAS, 1997, p. 321), relaciona-se com a questão do justo processo e o respeito aos direitos humanos, pois é na medida em que o processo se legitima por ser justo que a norma penal ou “norma de ação” encontra sua validação reconhecida do ponto de vista do discurso e, portanto, do ponto de vista democrático.

Assim, tanto o respeito dos Estados pelos direitos humanos pode influenciar os tribunais internacionais ao garantir que a aplicação das decisões daqueles tribunais ocorra de forma equânime, sem discriminação de quem deva responder a eventuais processos por crimes internacionais, como o respeito desses pelos direitos humanos poderá também influenciar a elevação do nível dos Estados quanto ao respeito aos mesmos direitos²⁹.

28 Segundo Habermas: “À luz desse princípio do discurso, os sujeitos examinam quais são os direitos que eles deveriam conceder uns aos outros. Enquanto sujeitos do direito, eles têm que ancorar esta prática da autolegislação no *médium* do próprio direito; eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso. Por conseguinte, o estabelecimento do código do direito, levado a cabo com o auxílio do direito geral a liberdades subjetivas de ação, tem que ser completado através de direitos de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e eqüitativo de liberdades comunicativas. Por este caminho, o princípio do discurso assume a figura jurídica de um princípio da democracia” (HABERMAS, 1997, p. 317, 319 e 320).

29 Quanto à simetria ideal entre os modelos nacionais e internacionais, o autor observou muito bem: “Another more state-based approach could be derived again from the fact that states create an ICC. If states that now have a high standard of procedural fairness want to be able to collaborate with the international body, must they not ensure that the protection given to the defendant there does not fall short of their domestic safeguards? If a state with very high standards were to cooperate with a court that did not fulfil its idea of the rights of the defendant, the state would not only be behaving hypocritically but would actually be in violation of the rule of law”. (SAFFERLING, 2001, p. 41-43)

3.2 Objetivos do Processo Penal internacional

Neste capítulo, antes de analisar alguns dos pontos mais importantes do Processo Penal internacional *vis-a-vis* ao Processo Penal brasileiro, vale a pena tecer algumas considerações a respeito dos objetivos do Processo Penal internacional.

Além, evidentemente, da busca do respeito aos direitos humanos, conforme já mencionado acima, a lei penal internacional busca proteger os bens jurídicos cuja proteção faz-se necessária do ponto de vista do mundo como um todo, bens jurídicos esses que devem coexistir pacificamente e buscar proteger os indivíduos “de per si”, como membros da humanidade (SAFFERLING, 2001, p. 45).

Os crimes punidos pelo Tribunal Penal Internacional, por exemplo, como se vê dos arts. 5, 6, 7 e 8 do Estatuto de Roma, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e graves violações à Convenção de Genebra são amplamente aceitos como crimes que afetam a comunidade internacional como um todo (SAFFERLING, 2001, p. 46), tratando-se de crimes graves e que merecem uma severa punição no âmbito internacional.

A eficiência da lei penal internacional ocorre em três diferentes estágios de atuação, segundo acentua Safferling: 1º) por meio da censura ao infrator da lei internacional; 2º) por meio da prevenção a atos de vingança das vítimas, restaurando-se a paz e confiabilidade nas instituições, em verdadeira finalidade pedagógica; e 3º) por meio da reabilitação e ressocialização do infrator (SAFFERLING, 2001, p. 46).

Referida atuação, pela prevenção de atos de vingança, por exemplo, somente será alcançada pelo encontro do real culpado pelo ato criminoso, o que é um dos pilares do Processo Penal internacional, ao lado do respeito pela dignidade humana do indiciado ou acusado, sendo que apenas o encontro do real culpado será capaz de pacificar o interesse das vítimas (SAFFERLING, 2001, p. 46-47). A dignidade da pessoa humana da vítima e a dignidade da família também devem ser levadas em consideração, sob pena de não se sentirem vingados, não se atingindo, assim, uma das finalidades do Processo Penal internacional (SAFFERLING, 2001, p. 47).

Tal preocupação com a pessoa da vítima é também uma preocupação no Processo Penal brasileiro e que tem recebido uma crescente atenção.

De especial relevância é a situação, em geral, das vítimas de crimes internacionais, considerando a magnitude desses crimes, os quais atingem um elevado número de pessoas, merecendo uma atenção especial dos tribunais penais internacionais, envidando-se esforços pelo equilíbrio entre os direitos dos acusados e das vítimas, sob pena de não se atingir as finalidades do Processo Penal internacional (SAFFERLING, 2001, p. 46).

Assim, o justo processo, no âmbito internacional, é sinônimo também de um processo justo não só para o acusado, mas também para as vítimas e testemunhas (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 370).

Tem-se observado uma grande preocupação, no plano da Justiça Penal internacional, com a eficiência em razão da importância do papel das vítimas nesse tipo de processo e de que como devem ser respeitados seus direitos, pois na grande maioria das vezes, os autores de crimes internacionais são membros importantes dos governos locais, o que evidentemente dificulta o trabalho de defesa dos direitos das vítimas de crimes internacionais.

Ver-se-á, pois, que tais características do Processo Penal internacional além de importantíssimas para o estudo dessa nova área de conhecimento do Direito, são relevantes ainda para que sejam extraídas algumas conclusões quanto às principais influências que podem exercer no Processo Penal brasileiro, a partir da análise das questões mais relevantes a envolver os principais atores do Processo Penal, sob o enfoque das garantias em geral e da eficiência.

Não obstante as diferenças essenciais entre os julgamentos realizados por cortes penais internacionais e aqueles realizados pelos Estados soberanos, mormente diante da maior dificuldade quanto à apuração dos fatos, em regra, dos julgamentos realizados pelos primeiros, estes não podem se desviar dos padrões internacionais de direitos humanos (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 372).

Além dessas diferenças, observa-se um campo comum em que tanto os tribunais penais internacionais quanto a justiça interna dos Estados atuam, sendo que aqueles costumam basear-se nos exemplos oferecidos pelos Estados, bem como das Cortes Regionais de Direitos Humanos (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 372).

O art. 21 do Estatuto de Roma informa bem como deve se dar a aplicação do direito pelo Tribunal Penal Internacional:

Artigo 21º

Direito aplicável

1- O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os elementos constitutivos do crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2 - O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3 - A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação económica, o nascimento ou outra condição.

Com efeito, tem-se verificado que os tribunais penais internacionais, seguindo exatamente o que vem estabelecido no dispositivo acima, têm se valido da experiência dos sistemas penais nacionais na interpretação dos padrões de justo processo no âmbito internacional (PIRAGOFF; CLARKE, 2004, p. 373).

Observe-se ainda que a efetiva eficiência do Tribunal Penal Internacional apenas ocorrerá, a partir da colaboração direta dos Estados-membros que forem provocados a cooperar com as decisões da corte, viabilizando a produção de provas e de outras medidas no interesse desta. Não apenas há de se falar na eficiência direta, via influência em padrões internacionais de direitos humanos internacionalmente aceitos pelos estados, mas também na vinculação destes, via tratado internacional, na efetivação da atividade do tribunal.

Existem ainda influências que decorrem de um movimento internacional para uma maior eficiência do sistema de repressão penal e consequentemente do Processo Penal como um todo, movimento este que já se teve ocasião de destacar neste trabalho. Tais influências são ditadas pela ótica da eficiência, buscando uma resposta mais eficaz no combate aos crimes.

3.3 O conceito de crime organizado

É hoje muito problemática no Brasil a classificação do que se entende como crime organizado, sendo que a definição do que seja fica ao sabor do que entendem os protagonistas do processo, seja como acusação, seja como defesa.

Certo é, contudo, e para isso, são utilizados os ensinamentos dos estudos realizados nas aulas de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP e depois compilados em importante obra sobre *Crime Organizado – aspectos processuais*, sob a coordenação dos Professores Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (2009), que não se pode trabalhar com a mera equiparação do crime organizado ao de quadrilha ou bando, pois não é razoável até porque são fenômenos diferentes, como se verá.

É hoje indiscutível que a criminalidade atingiu tão alto grau de organização e de sofisticação, que novos instrumentos mais eficientes devem ser colocados à disposição do Estado para uma efetiva persecução penal.

É, portanto, necessário que o Direito Processual Penal seja mais bem instrumentalizado com mecanismos, tais como a delação, a infiltração policial, a colaboração, novas técnicas de investigação, formas de prisão cautelar, utilização de meios tecnológicos para a produção de determinadas provas ou realização de atos processuais, etc., fatores esses voltados para a efetivação de uma melhor persecução penal da chamada criminalidade organizada.

Não é evidente objetivo deste capítulo estudar a criminalidade organizada, mas sim demonstrar como a legislação internacional pode influenciar a legislação interna na definição de parâmetros para definir o que se entende por crime organizado, na medida em que ainda é fruto de grande confusão.

A legislação brasileira não traz a definição de crime organizado, pois a Lei n. 9.034/95 igualou crime organizado à quadrilha ou bando, o que é inaceitável, conforme lembra Antonio Scarance Fernandes, para quem os elementos necessários para a caracterização de uma organização criminosa não se esgotam naqueles que tipificam a quadrilha ou o bando (FERNANDES et alli, 2009, p. 15).

Para maior clareza:

A Lei n. 9.034/95 contém erro grave, fundamental, consistente na falta de definição clara do que seja crime organizado ou organização criminosa. A opção pela definição do crime como sendo a ação vinculada aos delitos de bando ou quadrilha, se por um lado torna mais fácil a identificação do crime organizado, por outro cria dificuldades, sendo ao mesmo tempo ampliativa e restritiva (FERNANDES, 1995, p. 52).

De fato, até porque os instrumentos geralmente definidos para combater o crime organizado, tais como a ação controlada e entrega vigiada, a colaboração processual, a infiltração processual, a inversão do ônus da prova da ilicitude dos bens obtidos por organizações criminosas etc., são muito mais severos do que os ordinariamente previstos aos crimes em geral, inclusive o de quadrilha ou bando. Portanto, para a melhor salvaguarda dos direitos individuais, seria salutar que houvesse uma disciplina clara quanto ao que se entende por crime organizado.

Para Luiz Flávio Gomes, o conceito de crime organizado deve ser a soma do que se entende por quadrilha ou bando e mais alguma coisa:

Podemos dizer, é a soma dos requisitos típicos do art. 288 do Código Penal com um 'plus' (que o intérprete deve buscar na realidade criminológica) que dá o substrato final de 'organização criminosa', à qual aplica-se a lei. Esta configuração, então, um crime progressivo, isto é, não se pratica o ilícito de organização criminosa, sem passar pelo de quadrilha ou bando (GOMES, 1995, p. 78).

No entanto, como o Brasil é signatário da Convenção de Palermo, incorporada ao Direito nacional pelo Decreto n. 5.015/04, deve-se aplicar a definição deste instrumento normativo, que é lei interna no país, para a configuração de crime organizado, em que se entende que organização criminosa é a entidade formada por mais de três pessoas, de forma estável, visando a praticar crimes graves, com o intuito de lucro.

A Convenção de Palermo define crime organizado como:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (art. 2º, alínea “a”).

Portanto, podem ser indicadas as seguintes características de uma organização criminosa, segundo a Convenção de Palermo: associação ilícita de três ou mais pessoas, atuação de forma concertada, preexistente, cometimento de infrações sérias ou graves, objetivo de vantagem financeira ou material, potencial ofensivo da organização e transnacionalidade (GOMES, 2009, p. 20).

Assim, como se está a falar de normas processuais penais, trata-se de uma influência garantista do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro, na medida em que afasta a possibilidade de aplicação pura e simplesmente do crime de quadrilha ou bando e seus requisitos ao que se deve entender por crime organizado.

O fato de a Convenção de Palermo falar em transnacionalidade para a sua aplicação não afasta a possibilidade da extensão de seus conceitos, aplicáveis a uma criminalidade organizada transnacional, ao crime organizado local, até porque seria incongruente que houvesse dois regimes jurídicos para o fenômeno do crime organizado.

Nesse sentido, segundo Rodrigo Carneiro Gomes:

Quanto ao âmbito de atuação da organização criminosa em mais de um país, a própria Convenção de combate das Nações Unidas contra as Organizações criminosas Transnacionais, mais adiante, no seu art. 34, item 2, ao dispor a respeito da aplicação da convenção, dispensa a natureza transnacional dos delitos que elenca (lavagem de dinheiro, corrupção, participação em grupo criminoso organizado, obstrução à justiça), para incorporação ao direito interno. Ou seja, os termos da CCOT são perfeitamente aplicáveis aos ordenamentos jurídicos de cada país que a subscreveu, independentemente de a investigação criminal apontar atuação internacional da organização criminosa (GOMES, 2009, p. 169).

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Recomendação n. 3, de 30 de maio de 2006, estabeleceu que:

2. Para os fins desta recomendação, sugere-se: a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o “grupo criminoso organizado” aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

É importante a recomendação do Conselho, na medida em que, ainda que sem efeito vinculativo, chama a atenção do Poder Judiciário a respeito da necessidade de cumprimento de um pacto internacional do que o país é signatário e que deve ter efetivo cumprimento.

3.4 O papel e a investigação pelo Ministério Público

3.4.1 Principais características do Ministério Público

Figura central no Processo Penal internacional, tem-se entendido nos diferentes tribunais penais internacionais ser necessário dotar este órgão de toda a independência e imparcialidade possíveis, nos mesmos moldes dos juízes, a fim de que a busca pelo real infrator do crime e pela realização de justiça sejam seus principais objetivos.

Observa-se que esse tratamento tem se diferenciado de país a país, sendo que o modelo inglês, como se verá, nem conhecia até recentemente a figura do promotor, uma vez que as funções deste eram exercidas pela polícia.

No Direito brasileiro, o Ministério Público tem encontrado um destaque relevante, tanto do ponto de vista institucional, como também político, observando-se que, a partir de meados da década de 60 até a Constituição de 1988, conseguiu um lugar destacado entre as diversas funções jurídicas, tornando-se carreira similar à magistratura. Coube ao Ministério Público paulista um papel de destaque neste processo, pois, a partir da década de 60, com a conquista de diversas garantias institucionais, tor-

nou-se pioneiro na propositura de diversas ações até então não propostas e com a assunção de novas funções.

A definição constitucional do Ministério Público brasileiro encontra-se no art. 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Conta ainda com uma lei orgânica (Lei n. 8.625, de 12/2/93), que organiza suas estruturas nos Estados, e com a Lei Complementar n. 75, de 20/5/93, referente ao Ministério Público Federal.

No Código de Processo Penal encontra-se previsto nos arts. 257 e 258.

Ver-se-á, a seguir, como é disciplinado em alguns dos tribunais penais internacionais, bem como em alguns modelos de países soberanos, pois, muitas vezes, a solução encontrada no Direito Comparado é importante para a definição de questões atinentes a este órgão no Direito interno.

Na Inglaterra, até 1986, as funções de Ministério Público eram exercidas pela polícia, tendo sido criado o *Chief Crow Prosecutor*, responsável pela ligação entre a polícia e a corte de julgamento (SAFFERLING, 2001, p. 65). Aponta Safferling que o sistema anterior era responsável por uma série de erros judiciários (Idem, p. 65).

Nos EUA, em que o sistema é similar ao inglês, a polícia investiga até o fim, sendo que apenas quando todos os fatos tenham sido apurados é que o resultado das investigações é encaminhado ao promotor, que não tem poder de iniciar suas próprias investigações (Idem, p. 65).

Na Alemanha, a polícia possui duas funções essenciais: preventiva e repressiva, sendo cada uma delas chefiada por órgãos administrativos distintos (Idem, p. 65). É o promotor que supervisiona o trabalho da polícia, mas, ao contrário do Judiciário, não é independente, pois está submetido à supervisão administrativa (Idem, p. 65). Pelo § 160 do StPO ou Código de Processo Penal da Alemanha, prevê-se que o Ministério Público conduz as investigações, dirigindo inclusive o trabalho policial, possuindo contudo o dever de investigar os fatos, seja em favor da acusação, seja em favor da defesa (AMBOS, 2008, p. 85).

O papel da acusação diverge também conforme o sistema processual a que se esteja vinculado. Assim, no sistema “adversarial”, o promotor

é um dos componentes da batalha legal empreendida, estando encarregado de representar os interesses do Estado, mas deve atuar em busca da verdade, não podendo mentir, nem apresentar falsas acusações, bem como deve apresentar todas as provas existentes inclusive aquelas que eventualmente favoreçam a defesa (SAFFERLING, 2001, p. 222).

O promotor age, em suas atividades processuais, estritamente vinculado ao princípio da objetividade (Idem, p. 222). Já no sistema “inquisitorial”, ao contrário, ainda que o promotor deva também agir pelo princípio da objetividade, sua atividade depende muito mais de suas características pessoais e do relacionamento existente com o juiz (Idem, p. 223), pois este é o ator preponderante. Os tipos de processo têm, conforme se vê, duas concepções diferentes. Para o “adversarial”, o processo pode ser caracterizado como uma batalha legal entre duas partes, ao final da qual emerge a verdade, para o “inquisitorial”, a verdade surge por meio dos questionamentos institucionais de um juiz (SAFFERLING, 2001, p. 221).

Como visto, o chamado *corpus juris*, isto é, o conjunto de normas elaboradas sob a coordenação da jurista francesa Mireille Delmas-Marty, que constituem o arcabouço de um modelo que criará o Ministério Público europeu, com competência para processar crimes de interesse da comunidade europeia como um todo, inicialmente aqueles que ofendem os interesses financeiros da comunidade, tem como pressuposto a superação entre os modelos clássicos de processo, quais sejam o acusatório e o inquisitório.

O art. 18 do *corpus juris* prevê a instituição de um Ministério Público europeu para atuar na investigação, processamento de infrações definidas nos arts. 1 a 8, determinando, ainda, que o conjunto de territórios dos Estados-membros constituem um espaço jurídico único.

O art. 20 do mencionado estatuto confere poderes de investigação ao Ministério Público europeu:

Art. 20. Poderes de investigação do Ministério Público Europeu

1. A fim de permitir a manifestação da verdade e de promover a ação penal, de modo a possibilitar seu julgamento, o Ministério Público Europeu conduz, para fins de acusação e de defesa, as investigações relativas às infrações definidas acima (art. 1 a 8). Seus poderes são repartidos entre o

Procurador Geral Europeu e os Procuradores Gerais Delegados e, eventualmente, as autoridades nacionais designadas a este mister, segundo as regras abaixo transcritas [...]

3.4.2 O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional

Conforme se observa no Estatuto de Roma, nos termos dos arts. 64, item 6, e 69, item 3, a apresentação de provas é uma tarefa das partes, e não do juiz basicamente, estando, assim, no que atine ao papel da acusação, o Estatuto de Roma, como ocorre com o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, ligado a uma concepção de processo “adversarial” (SAFFERLING, 2001, p. 223). A atuação da corte é meramente supletiva, sendo papel do promotor a apresentação da acusação e inclusive o exercício de um poder de escolha sobre qual tipo de acusação deva ser mais eficiente e merecer a atenção da corte, que exercerá, pela Câmara de Prejulgamento, um controle *a posteriori*.

No Tribunal Penal Internacional, o promotor é eleito pela Assembleia dos Estados-partes, da mesma forma que os juízes do Tribunal Penal Internacional, e o art. 42 do Estatuto de Roma prevê as regras e princípios que devem ditar sua atuação perante o Tribunal:

Art. 42 ‘A promotoria’

1. A promotoria funcionará de forma independente, como órgão autônomo do Tribunal. Estará encarregada de receber as denúncias e informações fundamentadas sobre crimes do âmbito da jurisdição do Tribunal, de seu exame, da condução de investigações e da proposição da ação penal junto ao Tribunal. Os membros da Promotoria não solicitarão nem cumprirão instruções de fontes alheias ao Tribunal.
2. A promotoria será chefiada pelo Promotor. O promotor terá plena autoridade para dirigir e administrar a promotoria, inclusive o pessoal, as instalações e outros recursos. O promotor será auxiliado por um ou mais Promotores adjuntos, que poderão desempenhar quaisquer das funções que lhe cabem, em conformidade com o presente Estatuto. O promotor e os Promotores adjuntos terão que ser de diferentes nacionalidades e exercerão seus cargos em regime de dedicação exclusiva.
3. O promotor e os Promotores adjuntos serão indivíduos que gozem da mais alta consideração moral, que possuam um alto nível de competência e tenham extensa experiência prática de persecução ou julgamento de

causas penais. Deverão ter um excelente conhecimento e domínio de pelo menos um dos idiomas de trabalho do Tribunal.

4. O promotor será eleito em votação secreta por maioria absoluta dos membros da Assembléia dos Estados-partes. Os promotores adjuntos serão eleitos da mesma forma, com base em uma lista de candidatos apresentada pelo Promotor. O promotor proporá três candidatos para a vaga de Promotor adjunto a ser preenchida. A menos que no momento da eleição seja fixado um período mais curto, o Promotor e os Promotores adjuntos exercerão suas funções por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. Nem o Promotor nem os Promotores adjuntos realizarão qualquer atividade que possa interferir no exercício de suas funções ou colocar em dúvida sua independência. Não poderão ser dedicar a outra ocupação de natureza profissional.

6. O presidente poderá, a requerimento do Promotor ou de um Promotor adjunto, dispensá-los de intervir em um determinado processo.

7. Nem o Promotor nem os Promotores adjuntos participarão de qualquer matéria em que, por qualquer motivo, seja razoável colocar em dúvida sua imparcialidade. Serão impedidos, em conformidade com o disposto neste parágrafo, *inter alia*, se tiverem desempenhado anteriormente qualquer função no processo no próprio Tribunal ou em Processo Penal conexo no plano nacional que guarde relação com o indivíduo objeto da investigação ou julgamento.

8. As controvérsias relativas ao impedimento do Promotor ou de um Promotor adjunto serão dirimidas pela Câmara de Apelações:

a) o indivíduo objeto de investigação ou processo poderá a todo momento requerer o impedimento do Promotor ou de um Promotor adjunto pelos motivos estabelecidos no presente artigo;

b) O promotor ou o Promotor adjunto, conforme o caso, terão direito a apresentar observações sobre a matéria.

9. O promotor nomeará assessores jurídicos especializados em determinados temas como, por exemplo, violência sexual, violência por razões de gênero e violência contra crianças.

Como se vê, grande a preocupação do Estatuto de Roma em garantir ao promotor atuante perante o Tribunal Penal Internacional a independência e a imparcialidade necessárias para o exercício de sua atividade.

Independência é um conjunto de condições objetivas que garantem que a autoridade não esteja sujeita aos ditames de outros órgãos ou pes-

soas. Já imparcialidade refere-se a condições especiais exigíveis da autoridade a fim de que possa proceder de modo isento em cada processo.

É a independência do promotor, como também da corte, conforme se verá a seguir, nas palavras de Safferling que garantirão um ideal de Justiça Penal internacional similar à Justiça interna dos países:

Este ideal, ainda utópico, que um dia o Direito Penal Internacional atue em analogia com o Direito Penal interno do países, só pode ser atingido, se o direito criminal resulta disciplinado de uma maneira não arbitrária e sem discriminação para qualquer ofensor. Enquanto razões políticas conseguirem aplicação universal, o desejo de vingança estará sempre presente³⁰.

No caso em tela, a independência do promotor é garantida por seu mandato fixo, sem que esteja subordinado, quer ao tribunal, quer à ONU, uma vez que esta tem participação tão somente na sua eleição, o que não interfere na atuação do órgão perante o tribunal.

Além disso, não seria possível falar em independência, sem que o promotor tivesse autonomia organizacional quanto aos seus funcionários e local de trabalho, daí o dispositivo do art. 42, item 2, no qual se prevê sua plena autoridade para administrar sua equipe e local de trabalho.

Os itens 5, 6 e 7, do art. 42, tratam de hipóteses que visam garantir a imparcialidade do promotor que atua perante o tribunal, impedindo-o de exercer qualquer atividade que comprometa sua independência e imparcialidade.

De modo geral, os deveres do promotor para bem conduzir a persecução penal podem ser divididos em quatro grandes blocos: 1) suficiência legal, isto é, o promotor deve estar seguro de que o caso que traz a julgamento conta com suficiente suporte na lei e na Constituição; 2) eficiência do sistema, pois o promotor deve ter a possibilidade de dar prioridade a casos que ele considere mais sérios *vis-a-vis* os interesses do suspeito e da vítima; 3) reabilitação do acusado, que diz respeito à escolha de qual a punição que melhor se aplica ao acusado, tendo em vista os interesses da sociedade; e 4) eficiência do julgamento, no sentido de que as provas

30 "This ideal, and it is still a utopian ideal, that one day international criminal law might operate in analogy to national criminal law, can only be achieved, if criminal law is applied in a not arbitrary manner and without discrimination to every offender in a uniform fashion. As long as political reasons hamper universal application, the desire for vengeance and distrust will always be presente" (tradução nossa). (SAFFERLING, 2001, p. 77)

poderão ser plenamente apresentadas durante o julgamento (GEOFFREY apud SAFFERLING, 2001, p. 75).

Assim, o promotor, ao analisar o caso que lhe é apresentado, deve proceder a uma análise complexa de todos os fatos relevantes e circunstanciais, de modo a proceder a uma acusação que, de fato, atenda aos interesses da justiça como um todo. Observe-se a importância do requisito da “eficiência do sistema”, ao possibilitar ao promotor a escolha dos crimes mais importantes a serem processados, em uma análise seletiva e que interessa à justiça, na medida em que não há possibilidade, tanto na justiça internacional, quanto nas justiças internas dos países, de processar todos os crimes. É evidente que esta seleção não pode ser arbitrária, discriminatória nem ilegal, devendo o promotor fundamentar sua decisão a fim de que possa ser controlada pela corte, bem como pela sociedade em geral.

O Estatuto de Roma, em seu art. 15, destaca qual o papel processual a ser desempenhado pelo promotor no tribunal:

Art. 15 ‘O promotor’

1. O promotor poderá instaurar de ofício uma investigação com base em informações acerca de um crime sob a jurisdição do Tribunal.
2. O promotor verificará a seriedade da informação recebida. Para tal fim, poderá solicitar mais informações a Estados, órgãos das Nações Unidas, organizações intergovernamentais ou não-governamentais ou a outras fontes fidedignas que considere apropriadas e poderá receber testemunhos escritos ou orais na sede do Tribunal.
3. O promotor, se concluir que há base suficiente para iniciar uma investigação, apresentará à Câmara de Questões Preliminares um pedido de autorização para tanto, junto com a documentação probatória. As vítimas poderão encaminhar representações à Câmara de Questões Preliminares, em conformidade com as Regras de Procedimento e Prova.
4. Se, após ter examinado o pedido e a documentação probatória, a Câmara de Questões Preliminares considerar que há base suficiente para iniciar uma investigação e que o caso parece recair sob a jurisdição do Tribunal, autorizará a instauração de inquérito, sem prejuízo das resoluções subsequentes que possa adotar posteriormente o Tribunal a respeito de sua jurisdição e da admissibilidade da causa.
5. Uma resposta negativa da Câmara de Questões Preliminares à solicitação de investigação não impedirá o Promotor de apresentar posteriormente

outra solicitação com base em novos fatos ou provas relacionados com a mesma situação.

6. Se, após o exame preliminar a que se referem os parágrafos 1º e 2º, o Promotor chegar à conclusão de que pela informação apresentada não há base razoável para uma investigação, informará este fato a quem a tiver apresentado. Isto não impedirá que o Promotor examine à luz de fatos ou provas novas, outra informação que receba em relação à mesma situação.

Observe-se que o promotor pode agir de ofício, o que representou uma conquista durante os trabalhos de elaboração do Estatuto de Roma, no entanto, pelo art. 16 do mesmo Estatuto, pode o Conselho de Segurança da ONU, determinar a suspensão da investigação ou do processo:

Art. 16 'Suspensão da investigação ou do processo'

Nenhuma investigação ou processo poderá ser iniciado ou continuado, sob este Estatuto, por um período de doze meses após a adoção pelo Conselho de Segurança de resolução, em conformidade com o disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que solicite ao Tribunal medida nesse sentido; tal solicitação poderá ser renovada pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

Assim, o Conselho de Segurança possui um importante instrumento de intervenção nas atividades do tribunal, o que demonstra a fase ainda embrionária em que se encontra o Direito Penal e o Processo Penal internacionais, na medida em que ainda incipiente a organização da sociedade internacional.

Todavia, esta solução de compromisso, pelo menos para o momento histórico atual, não é de todo ruim, pois o Estatuto, conforme visto, confere ao promotor a possibilidade de atuar *ex officio*, sendo que as condições em que o conselho determinar a suspensão das investigações serão sempre restritas e sujeitas à opinião pública internacional, a qual certamente atuará nessas situações³¹.

O poder do promotor não é discricionário; ao contrário, está submetido ao controle judicial da Câmara de Prejulgamento, que pode rever a sua decisão e solicitar que ele a reconsidere (CASSESE, 2005, p. 414).

31 É só observar, conforme se acompanha diuturnamente pelos meios de comunicação, o desgaste sofrido pelo Presidente norte-americano George W. Bush perante a opinião pública internacional, tendo em vista sua política internacional intervencionista.

O art. 15 prevê um importante mecanismo de controle a ser exercido pela Câmara de Questões Preliminares, que exerce uma função de controle da atividade do promotor, podendo impedir investigações e processos infundados, bem como assegurá-los nas situações em que estejam presentes elementos para isso, como se infere diante do item 3, *in fine*, ao prever a possibilidade de as vítimas apresentarem propostas de investigação diretamente à Câmara de Questões Preliminares, segundo as regras de procedimento e de prova.

Isso é de fundamental importância, tratando-se de verdadeira ação penal subsidiária, que existe no sistema brasileiro, e que precisa ser revigorada para um controle eficaz e democrático da atuação do promotor. No Tribunal Penal Internacional, essa situação encontra-se consolidada ao se permitir o exercício de *jus postulandi* às vítimas.

Com efeito, o equilíbrio entre a função de acusar, as garantias da defesa e da vítima é o objetivo maior do controle desta etapa processual, em que a atividade do promotor é de fundamental importância. Tal equilíbrio é reflexo da separação de poderes e também uma solução garantista e, ao mesmo tempo, eficiente para a aplicação da lei.

Um importante ponto a destacar e que diz respeito à atividade probatória do promotor exercida durante a investigação é a necessidade de amearhar um material probatório para basear sua sustentação judicial e que isso dependerá sempre da cooperação dos Estados para a efetividade das medidas. Assim, observa Cassese, dois grandes grupos de países se dividem quanto à cooperação com as atividades probatórias do promotor; num primeiro deles, estão a Austrália, a França, a Itália, a Nova Zelândia e a Espanha, que atribuem às autoridades nacionais o poder de coletar as provas e produzir outros atos para atender aos pedidos do promotor; num segundo grupo, estão a Áustria, a Alemanha e a Suíça, que autorizam o promotor a diligenciar autonomamente em seus territórios³².

Com efeito, dos Estados-parte são esperadas inúmeras medidas de assistência ao tribunal, tais como identificação e localização de pessoas, localização de provas, questionamento de suspeitos, facilitar a apresen-

32 No capítulo 7, quanto se tratou das influências diretas, a partir da p. 66, estão indicadas as noções básicas sobre cooperação internacional. (CASSESE; SCHABAS, 2004, p. 129)

tação de pessoas e especialistas diante da corte, exames de lugares e exumação de cadáveres e outros procedimentos, execução de buscas e apreensões, proteção de vítimas e testemunhas etc. (CASSESE; SCHABAS, 2004, p. 129).

É grande a celeuma sobre qual seria a função do promotor no Processo Penal, se verdadeira parte ou sujeito imparcial do processo, já que é fiscal da lei.

Observe-se, de início, que o Estatuto de Roma afasta esse falso dilema, ao deixar claro que o promotor atua como parte, mas sempre está jungido ao respeito à lei, uma vez que inerente à sua imparcialidade.

Nem outra poderia ser a melhor opção a ser seguida no Direito brasileiro, pois, de fato, o promotor ao ser parte é também fiscal da lei, já que funcionário público, prerrogativa esta que é inerente ao exercício de qualquer função pública (QUEIROZ, 2008, p. 16-17).

De fato, em qualquer atuação do promotor é inconcebível que não esteja jungido aos ditames dos arts. 127 e 129, inc. I, da Constituição Federal, que lhe outorga os deveres de velar pela “defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, competendo-lhe, dentre outras funções, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Outra importante característica que se aplica à figura do promotor é o princípio da objetividade, o qual, conforme visto acima, também se aplica à autoridade policial, e que determina que o promotor deva considerar não apenas as provas que incriminem o suspeito, mas também todas as alternativas razoáveis existentes (SAFFERLING, 2001, p. 75). É isso que deflui do art. 54, I, do Estatuto de Roma, que prevê que o promotor deve reunir provas tanto contra, como a favor do suspeito ou acusado (CASSESE; SCHABAS, 2004, p. 141).

A ligação estreita entre o princípio da objetividade e o princípio da presunção de inocência, bem como os direitos humanos em geral, tem assegurado que tanto países que adotam o sistema “adversarial” quanto aqueles que adotam o sistema continental tenham aderido a esse princípio (CASSESE; SCHABAS, 2004, p. 141).

Essa interface sincrônica de influências repercutiu ainda nos tribunais internacionais, como se vê do Estatuto de Roma, em que uma solução

de compromisso entre os dois sistemas assegurou o dever de observância do princípio da objetividade.

É indiscutível a grande influência garantista desse princípio no dia a dia do Processo Penal, uma vez que não se admite a figura do promotor que acusa de qualquer maneira e a qualquer custo. Com efeito, essa figura de promotor é um sintoma grave de desvio funcional e merece o afastamento da autoridade persecutória, tendo em vista sua parcialidade, vedada pela Constituição.

Nem poderia ser diferente, uma vez que preceitua a Constituição, consoante visto acima, ser uma das funções do promotor o respeito à ordem jurídica e ao Estado democrático de Direito, sendo que este não pode sobreviver sem o respeito às mínimas regras de dignidade da pessoa humana, não sendo concebível, pois, que o suspeito ou acusado por um Processo Penal seja tratado como objeto de prova, tratando-se, na verdade, de um sujeito de direitos.

Está superado o comportamento do promotor que atua como acusador implacável e que procura condenações a qualquer custo, contabilizando-as como vitória e as absolvições como derrota.

De modo a atingir esse ideal de justiça inerente às suas funções, é que o promotor, de acordo com o Estatuto de Roma, não está jungido, como no sistema classicamente “adversarial” à mera condição de parte, mas sim como órgão da Justiça Penal internacional, para os fins de ajudar a corte a encontrar a verdade durante o julgamento (SAFFERLING, 2001, p. 79).

Assim é que, para manter a coerência do sistema, não se poderia dar os fins sem se dar os meios, daí a previsão, no Estatuto de Roma, de que o promotor poderá indicar promotores adjuntos para atuarem em casos concretos, observados os critérios de nomeação e de atuação.

A conclusão resulta evidente se for observado, na linha do buscado equilíbrio entre eficiência e garantismo, que o dever do promotor atuar na busca do real autor dos fatos, de maneira imparcial e seguindo o princípio da objetividade, conforme visto, encontra na eficiência que se espera da instituição o reverso da medalha, ou seja, o promotor deve estar equipado institucional e materialmente para o exercício da função persecutória.

Por fim, nos tribunais penais para a ex-Iugoslávia e de Ruanda, os promotores, diferentemente do que ocorre atualmente no Tribunal Penal Internacional, tinham absoluta liberdade para decidir quando e como iniciar uma investigação, bem como contra quem, submetendo-se ao crivo judicial apenas ao final da investigação, quando esta era então admitida ou não (CASSESE, 2005, p. 408). Diferentemente, no Tribunal Penal Internacional, o promotor submete um pedido de autorização para iniciar as investigações à Câmara de Prejulgamento, que faz uma análise prévia das provas até então colhidas para os fins de verificar a viabilidade da investigação (CASSESE, 2005, p. 409).

Percebe-se ainda que o delineamento das funções do promotor nos tribunais penais internacionais que, como já dito, representa a síntese dos modelos de Processo Penal existentes no mundo, representa-o com uma faceta imparcial e objetiva e talvez, por isso, não se discute que tenha um papel predominante durante a investigação.

Tais elementos indiscutíveis presentes no plano internacional e sintetizados no Tribunal Penal Internacional, devem exercer influência no Direito Processual Penal brasileiro, no que tange à plena afirmação do princípio da objetividade no País.

3.4.3 A investigação pelo Ministério Público e o Direito brasileiro

Discute-se muito, no Direito Processual brasileiro, se o promotor pode ou não investigar, havendo adeptos ferrenhos em cada uma das posições que se escolha.

Entretanto, a questão não deveria ser colocada de forma tão simples, pois, na realidade, o que se deveria questionar é que, diante do princípio da objetividade presente no âmbito internacional e da necessidade de maior eficiência na investigação, a atuação do promotor nesta fase deveria ser assegurada.

É mais uma questão de identificar o promotor como um agente estatal confiável e de proporcionar à defesa meios legais suficientes para se contrapor à investigação pelo órgão de acusação.

Essa solução, que já existe no TPI, por exemplo, bem como no ordenamento de outros países, certamente oferecerá ao Direito Processual Pe-

nal brasileiro uma interessante ferramenta para suprir uma lacuna existente, seja sob o ponto de vista legislativo, seja sob o ponto de vista judicial.

No Direito brasileiro, é grande a celeuma sobre a possibilidade ou não de o Ministério Público poder investigar.

As duas posições contrapostas são no seguinte sentido: uma primeira posição é no sentido de que o Ministério Público não pode investigar, em síntese, porque essa função seria destinada à polícia, com exclusividade, a teor do previsto no art. 144, IV, da CF, além do fato de se tratar de parte no processo, o que desequilibraria a relação processual caso se permitisse que investigasse a parte contrária. Uma segunda posição é no sentido de se admitir a investigação pelo Ministério Público, pois seria o destinatário da investigação, uma vez que *dominus litis*.

Uma análise isenta da discussão, sempre acompanhada de elevada carga de emotividade pelos partidários de uma ou outra corrente, revela que se trata, na realidade, de um falso dilema, porque pouco importa para os interesses da defesa ou para o equilíbrio entre eficiência e garantismo, que interessa ao Processo Penal como um todo, que o Ministério Público possa ou não investigar.

Assim, alguns pressupostos podem, com segurança ser assentados. Por primeiro, conforme acentua Antonio Scarance Fernandes, essa possibilidade de investigação carece de disciplina legal capaz de delimitar a área de atuação do órgão e do investigado, delimitando-se os limites da atuação do órgão de acusação em sua tarefa de investigar:

[...] é necessário que a atuação do Ministério Público na investigação seja regulada por lei, com regras que especifiquem os poderes e os limites de sua atividade investigatória, a forma de relação com as entidades policiais e as formas como serão garantidos os direitos constitucionais do investigado, tais como o direito de acesso aos autos de investigação, o direito ao silêncio, o direito de acompanhar a investigação por meio de advogado (FERNANDES, 2005, p. 100-101).

Com efeito, um dos argumentos principais para que o Supremo Tribunal Federal, no RHC 81.326/DF, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, julgado em 6/5/2003, tenha decidido pela impossibilidade de investigação por parte do Ministério Público foi exatamente a ausência de disciplina legislativa para viabilizar dito poder. Assentou o STF, naquela oportuna-

de, o poder de requisitar investigações e o controle externo da atividade policial, atividades essas cabíveis ao Ministério Público, que não se confundem com a possibilidade deste órgão investigar. São coisas distintas e assim devem ser tratadas.

Esse entendimento doutrinário e jurisprudencial que tem se consolidado é no sentido de que muito mais importante do que definir quem deve investigar, seja o Ministério Público, seja a polícia, é definir qual é o papel de cada um dos atores processuais durante a atividade de investigação.

Segundo, o que importa considerar é como observar o equilíbrio entre o poder de investigação do Estado, tendo em vista o interesse público e a participação da defesa, à vista da garantia da paridade de armas.

Assim, segundo André Augusto Mendes Machado:

No entanto, mais importante do que saber qual o órgão responsável pela investigação pública é definir a posição do imputado na persecução prévia, com o devido respeito aos seus direitos e garantias constitucionais. Independentemente de a investigação pública ser realizada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, o que importa é o tratamento do imputado como sujeito de direitos, desde o início da persecução penal, garantindo-lhe o efetivo exercício do direito de defesa e a paridade de armas com a acusação (MACHADO, 2009, p. 29).

Terceiro, deve-se ter muito cuidado com a outorga de poderes de investigar ao Ministério Público sem a correspondente outorga de poderes à defesa para se contrapor ao que realizar o *parquet* também, tendo em vista o princípio da paridade de armas. Na Itália, em que se outorgaram semelhantes poderes ao Ministério Público, há atualmente a preocupação em reequilibrar os papéis, considerando a paridade de armas.

Há quem, conforme Bruno Calabrich, defenda que a possibilidade de o Ministério Público investigar estaria justificada pelos argumentos anteriores já apontados e também pelo fato de que não haveria falar em prevalência do Estado sobre o particular em razão disso, uma vez que, com o cometimento do crime, este é quem estaria em posição de superioridade em relação ao Estado, já que sabedor de todos os atos que praticou e como fazer escapar ao Estado o conhecimento eventual de provas:

Tampouco se pode afirmar que esteja o investigado em posição de 'desvantagem' se sua parte 'ex adversa' tem o poder de investigar (dotado de

impositividade ou imperatividade), não reconhecido ao particular. Essa suposta desvantagem é compensada pelo princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) e pelo fato de que toca à acusação todo o ônus de provar a imputação. Além disso, por conhecer diretamente a verdade sobre os fatos, mais e melhores meios que o Estado para produzir a prova que lhe interesse ou para omitir a que não lhe convenha. Na realidade, a investigação é uma luta do Estado contra o fato de, ao iniciar a perseguição, não conhecer 'a verdade'- que é sabida pelo criminoso cuja identidade (e cujo crime) se quer precisar (CALABRICH, 2007, p. 133).

O autor parece equivocar-se ao não considerar o papel do investigado inocente, este sim desconhecedor, já que inocente, da dita verdade dos fatos, além do que a presunção do autor de que o investigado sempre estaria em melhores condições, visto que autor dos fatos, também não é verdadeira, uma vez que nem em todas as situações é isto o que acontece, daí a importância da observância dos princípios constitucionais e processuais, tais como o da ampla defesa e da paridade de armas, construídos sobre a realidade de que deve ser assegurada a paridade.

Não é possível, ainda, identificar nos arts. 129, incs. I, VI, VII e VIII, da Constituição Federal, no art. 4º, parágrafo único, do CPP, art. 26, incs. I e II, da Lei n. 8.625/93 e arts. 7º e 8º da Lei Complementar n. 75/1993, a possibilidade de o Ministério Público investigar. Com efeito, uma leitura atenta de todos esses dispositivos revela sim a possibilidade de o Ministério Público requisitar documentos, investigações etc., mas nenhum deles menciona a possibilidade de este órgão investigar crimes, muito menos disciplina o procedimento desta eventual atuação.

É certo que evolução do Processo Penal no mundo, conforme visto nos países estrangeiros, bem como nos tribunais penais internacionais, principalmente no TPI, é a possibilidade de o Ministério Público investigar. É certo ainda que tal evolução deve influenciar o Processo Penal brasileiro, seja sob o prisma legislativo, seja sob o interpretativo.

Observando-se o fenômeno da necessidade de uma maior intervenção do Ministério Público na investigação, fenômeno este que é universal, já se exige uma maior eficiência na repressão da criminalidade grave e organizada; presente, portanto, o interesse público, tem-se que a tendência é pela admissão desse tipo de investigação. Contudo, não pode ser

a regra, mantendo-se a polícia como o ator preponderante da atividade investigatória, restringindo-se a atuação do Ministério Público para o tipo mais grave de criminalidade. Além disso, esse tipo de investigação deve vir expressamente previsto em lei, com todo o procedimento de participação das partes devidamente disciplinado.

Sob outro aspecto, muito mais relevante é definir um juiz de garantias, isto é, aquele que será o responsável pelo controle das investigações, sob o ponto de vista legal e constitucional, afastando-o da fase processual propriamente dita, a fim de preservar a imparcialidade judicial nesta fase importante.

Assim, conforme Aury Lopes Junior:

A investigação preliminar deve estar a cargo do Ministério Público, que deverá ter efetivamente o controle externo da atividade policial, através de instruções gerais e específicas. É imprescindível que o sistema consagre a figura do 'juiz de garantias' ou 'juiz garante da investigação', para atuar como verdadeiro órgão suprapartes, sem investigar ou atuar na fase processual. Exercerá o controle sobre a legalidade dos atos de investigação realizados pelo promotor. As medidas cautelares pessoais e reais, a produção antecipada de provas e todos os atos que impliquem a restrição de direitos fundamentais devem ser solicitados pelo Ministério Público ao juiz de garantias. Em definitivo, o promotor investiga e o juiz atua como órgão de controle e garantia e ambos mantêm uma íntima correlação. Assim, brota o necessário equilíbrio (LOPES JUNIOR, 2006, p. 389).

Relevantes, portanto, são os exemplos advindos de tribunais internacionais e de outros países, no sentido de se admitir a investigação pelo Ministério Público, a demonstrar, pois, verdadeira linha de evolução internacionalmente reconhecida e, portanto, com influências na solução das lacunas existentes no Processo Penal brasileiro quanto à disciplina desta participação.

3.5 O papel da defesa na investigação

A fase investigatória, como é curial, é aquela que antecede a fase de julgamento, ou seja, a fase do procedimento penal propriamente dito, em que são colhidos os elementos indiciários indispensáveis para a formação do convencimento do órgão de acusação. Isto é uma realida-

de tanto nos países que adotam o sistema predominantemente “adversarial”, quanto nos países que seguem o sistema predominantemente continental.

É, portanto, nesta fase, em regra, que são produzidas as provas mais relevantes para o destino do processo. Em outras palavras, pode-se dizer que, em uma análise de resultados, é nesta fase que são produzidas as provas favoravelmente à acusação ou à defesa. Basta dizer que a prova pericial, uma vez produzida nesta fase, dificilmente será revertida na fase de julgamento, ainda que se diga que o contraditório fique, *in casu*, diferido, o que é uma grande falácia do ponto de vista do investigado.

O mesmo se pode dizer das medidas tomadas para a colheita de outras provas, tais como a busca e apreensão, a qual, ainda que não exija a prévia ciência do investigado, de modo a não tornar inócua a medida, determina o respeito às garantias do mesmo, exigindo-se, por exemplo, que a diligência siga precisa e exatamente aquilo que tenha sido determinado pela autoridade judiciária, evitando-se excessos quanto à esfera de direitos individuais do investigado.

O mesmo ocorre, por exemplo, diante das medidas de escuta telefônica ou de interceptação de outras formas de comunicação, mormente diante do avanço tecnológico.

Como proceder, portanto, a tais atos investigatórios? Qual o papel a ser desempenhado pela defesa? Quais as principais soluções oferecidas pelos tribunais penais internacionais, principalmente pelo Tribunal Penal Internacional? O que está sendo praticado em outros países, principalmente na Itália, que já conta com um avançado sistema de participação da defesa durante as investigações? E quais as influências que essas soluções podem repercutir no âmbito interno do Brasil?

Um dos grandes problemas no Processo Penal, como visto, é definir quem será o órgão incumbido das investigações policiais iniciais e que terá, evidentemente, grande importância no processo, tendo em vista as inúmeras provas que são colhidas nesta fase.

Nesse sentido, não importa de qual sistema processual se esteja a tratar, pois, quer no sistema da *Common Law*, quer no sistema da *Civil Law*, sempre haverá que se definir a autoridade responsável por essas inves-

tigações, sendo que ambos os sistemas encontram respostas similares, quando se está a tratar da operacionalidade do sistema.

Portanto, seja qual for o sistema, são necessárias regras claras que definam os limites da atuação do Estado na busca de provas, tendo em vista o necessário equilíbrio entre a eficiência e o garantismo.

Isso porque sérios danos podem ser causados aos submetidos a medidas constritivas à liberdade e ao patrimônio, nesta fase inicial, sendo, assim, necessário o respeito aos direitos humanos (SAFFERLING, 2001, p. 55).

Muito se tem sustentado no Brasil sobre a impossibilidade de se aplicar o contraditório e a ampla defesa durante o inquérito policial, considerando sua natureza inquisitorial. Com efeito, não se discute que este seja predominantemente inquisitorial, diga-se predominante, uma vez que as características inquisitorial ou acusatória nunca são absolutas; ao contrário, sempre encontram certo grau de relativização, conforme visto.

Entretanto, o advento da Constituição Federal de 1988, bem como da Convenção Americana de Direitos do Homem, fez cair por terra qualquer entendimento nesse sentido, ao não deixar dúvida quanto à necessidade de se ventilar o inquérito policial com as indispensáveis garantias processuais.

A parte final do art. 8º, § 1º, da Convenção Americana de Direitos do Homem³³, ao definir que qualquer pessoa objeto de investigação, inclusive criminal, mesmo que ainda não submetida a uma autoridade judiciária, tem direito a ser ouvida com as devidas garantias, tem aplicação direta no Direito brasileiro.

Para maior clareza, dispõe referido dispositivo convencional:

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** (Grifo nosso).

Resulta, assim, evidente que o dispositivo da convenção abrange inclusive as hipóteses em que determinada pessoa seja objeto de investigação, mesmo se ainda não estabelecida formalmente a acusação penal.

33 Foi promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.92 e publicada no DOU, de 9.11.92.

Para que resultem observados os direitos do investigado, tais como definidos no dispositivo convencional, é necessário que a autoridade incumbida de investigar seja independente em relação aos poderes do Estado e atue com objetividade diante dos fatos que deva apurar, aplicando-se ainda o princípio da presunção de inocência, o qual não deve ter seu campo de atuação restrito à fase judicial, na medida em que se estende a todos os órgãos estatais (SAFFERLING, 2001, p. 72), conforme se verá com mais vagar a seguir.

Assunto central em matéria de direitos do investigado durante a fase de investigação, é determinar em que momento processual ele é tido como indiciado propriamente dito, pois os arts. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o art. 6º, III, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, do art. 8º, II, “d”, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 7º, I, da Convenção Africana dizem que a assistência legal é acessível apenas quando há um efetivo liame entre o investigado e o Estado, a partir da investigação. Em outras palavras, no momento em que o suspeito é substancialmente afetado pelas alegações (Idem, p. 103-104).

Assim, a aplicação de todos os princípios do justo processo, previstos no art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tem sido reconhecida na fase policial (Idem, p. 62), a partir do momento em que substancialmente ocorram elementos capazes de indiciar o investigado³⁴, ou seja, de

34 Pela importância e também por que será objeto de análise ao longo do presente trabalho, vale a pena transcrever o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:

“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, quer 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 exigir, que 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 ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias 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 informado, 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;

estabelecer um liame objetivo entre ele e os fatos apurados. À míngua da definição explícita de qual seria o momento para se entender como aplicáveis todas as garantias de defesa do investigado, tem-se, com razão, interpretado que o momento será aquele em que houver elementos concretos capazes de prejudicar a sua situação jurídica, sendo esta a interpretação que melhor se coaduna com as garantias do investigado (SAFFERLING, 2001, p. 72).

Segundo Kai Ambos:

Um procedimento preliminar participativo não pode ser obtido, política e juridicamente, sem nenhum custo; e sob a ótica do Ministério Público e do Poder Judiciário somente poderá ser aceitável tendo em vista os possíveis efeitos de aceleração do processo, seja através do encerramento antecipado durante o procedimento preliminar, seja através de um encurtamento do procedimento principal ou intermediário (AMBOS, 2008, p. 107).

Implica dizer, portanto, como regra geral, que a participação eventual da defesa na fase investigativa torna eficaz, a princípio, do ponto de vista probatório, o que ali tiver sido produzido, repercutindo, sob o plano da eficiência, na necessidade de encurtamento do procedimento principal, obtendo-se, assim, um equilíbrio entre o garantismo na preservação do direito do imputado de participar da investigação e na eficiência da solução do processo em um prazo razoável.

c) De ser julgado sem dilações indevidas;

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, 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 de 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 mesmo, 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 mesmos 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 superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um 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, a 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". (SAFFERLING, 2001, p. 56)

É de ver-se, neste ponto, que no Direito Processual Penal brasileiro há grande dificuldade em se definir a aplicação das garantias processuais aos investigados em geral. Na realidade, apenas pequena parcela da população, que detém poder econômico para contratar profissionais preparados para o exercício de sua defesa *ab initio*, pode exercer os benefícios inerentes ao exercício das garantias processuais. Já a maioria da população acaba por sofrer os efeitos da atuação policial, com todas as consequências a ela inerentes, do ponto de vista de gravame à sua situação processual. E pior: sem sequer ter o direito, na maioria das vezes, à assistência judiciária gratuita, como seria de se esperar diante da redação do disposto no art. 14, § 3º, “d”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Além disso, tendo em vista os nefastos influxos de um pensamento, ou melhor, de um instinto na linha da “lei e da ordem”, em que todas as medidas legislativas são admitidas para o enfrentamento da criminalidade crescente, observa-se até a plena utilização de todas as provas colhidas na fase policial, mesmo sem o respeito às garantias mínimas da defesa.

É comum, neste sentido, apesar da previsão expressa do art. 7º, incs. XIII, XIV e XV, e § 1º, da Lei n. 8.906, de 4.7.93 (Estatuto da Advocacia), que os defensores devem ter pleno acesso aos autos de inquéritos policiais, desde que não haja prejuízo para as investigações, que o acesso a esses autos seja impedido pela autoridade policial, sem qualquer fundamentação.

Deveria haver um maior cuidado com a preservação deste mais elementar direito de qualquer investigado de ter acesso, via defensor constituído ou dativo, aos autos de qualquer investigação que contra si tenha sido instaurada. Esta é a lição que provém dos mencionados pactos internacionais, conforme visto acima, e que melhor se coaduna com o equilíbrio necessário entre a eficiência e o garantismo.

3.5.1 O papel da defesa na investigação e o Tribunal Penal Internacional

A atuação da defesa, na fase de investigação, está prevista no art. 55 do Estatuto de Roma.

Nessa linha, o art. 55 do Estatuto de Roma:

Art. 55 ‘Direitos dos indivíduos durante a investitação’

1. Nas investigações realizadas em conformidade com o presente Estatuto:
 - a) ninguém será compelido a testemunhar contra si mesmo nem a se declarar culpado;
 - b) ninguém será submetido a forma alguma de coação, intimidação ou ameaça, à tortura nem a outros tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes; e
 - c) quem for interrogado em um idioma que não seja o que entende e fala perfeitamente contará, sem custo algum, com os serviços de intérprete competente e com as traduções necessárias para que sejam cumpridos os requisitos de equidade;
 - d) ninguém será submetido a prisão ou detenção arbitrárias nem será privado de liberdade, exceto pelos motivos previstos neste Estatuto e em conformidade com os procedimentos nele estabelecidos;
2. Quando houver motivos para acreditar que um indivíduo cometeu um crime sob a jurisdição do Tribunal e esse indivíduo for interrogado pelo Promotor ou pelas autoridades nacionais, de acordo com solicitação feita em conformidade com o disposto na Parte IX, tal indivíduo terá também os seguintes direitos, os quais lhe serão comunicados antes do interrogatório:
 - a) de ser informado, antes de ser interrogado, de que há motivos para acreditar que tenha cometido um crime sob a jurisdição do Tribunal;
 - b) manter silêncio, sem que isso seja levado em consideração na determinação de sua culpabilidade ou inocência;
 - c) de ser assistido por um advogado de sua escolha ou, se não dispuser de recursos, que lhe seja designado um defensor dativo, sempre que seja necessário, no interesse da justiça e, em qualquer caso, sem custo se não tivesse meios suficientes;
 - d) de ser interrogado na presença de advogado de defesa, a menos que tenha renunciado voluntariamente a esse direito³⁵.

O papel da defesa no Estatuto de Roma é muito semelhante ao que ocorre no sistema da *Common Law*, em que cabe ao defensor um papel muito mais ativo do que o que se observa no Direito Continental.

Ele pode produzir provas em favor do acusado, devendo atuar de forma diligente e independente, nos termos do que já fora estabelecido no Código de Conduta Processual do Defensor do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia (SAFFERLING, 2001, p. 225).

35 O Estatuto de Roma foi promulgado pelo Decreto n. 4.338, de 25/9/02 e publicado no DOU, de 26/9/02.

Algumas regras de conduta devem ser observadas pelo defensor, a saber: a) deve falar tudo em favor de seu cliente; b) não deve mentir às autoridades públicas; e c) não deve revelar o que seu cliente quer deixar em segredo (Idem, p. 225).

Pode ainda o acusado defender-se a si mesmo, sem a necessidade de se nomear um defensor (SCHABAS, 2004, p. 147), tratando-se de genuína forma de autodefesa.

O Estatuto de Roma optou por definir a necessidade de observância estrita das garantias processuais, desde a fase de investigações, tendo inclusive optado pela análise substancial da questão, pois elenca uma série de garantias, a partir do momento em que “houver motivos para acreditar que um indivíduo cometeu um crime sob a jurisdição do Tribunal”, exatamente como visto acima na trilha de doutrina sobre a matéria.

No caso John Murray, de 8 de fevereiro de 1996, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o direito à assistência de um advogado é aplicado ao processo como um todo, sendo assim aplicável inclusive à fase de instrução preliminar conduzida pela polícia (LIMA, 2007, p. 172).

Só por esses fatores, já se observa a necessidade de as autoridades policiais, incumbidas da investigação inicial, atuem com objetividade, daí a aplicação do chamado “princípio da objetividade”, conforme acentuado por Safferling, por intermédio do qual a polícia deve agir objetivamente, considerando não só as provas que sejam capazes de culpar o investigado, mas também aquelas que possam eventualmente favorecê-lo, verificando todos os aspectos do fato concreto e não apenas aquele que favorece a acusação (SAFFERLING, 2001, p. 75).

Assim, não pode a polícia agir somente para incriminar o investigado, mas, ao elaborar uma hipótese de investigação, verificar todos os elementos probatórios, quer contrários, quer favoráveis ao interesse da defesa³⁶.

Este dever de objetividade a cargo da autoridade policial tem uma ligação direta com o princípio da presunção de inocência, plenamente aplicável também à polícia, como a qualquer autoridade estatal, conforme acentua Safferling ao analisar a posição da Corte Europeia de Direitos

36 Em seguida, analisar-se-á a conexão entre esse princípio da objetividade e o princípio da presunção de inocência.

Humanos: “Na opinião da Corte, a presunção de inocência é portanto aplicável não apenas às Cortes, mas também a todas as autoridades estatais e não apenas durante o julgamento formal mas tão logo o suspeito seja substancialmente afetado”³⁷. (Tradução nossa)

A autoridade responsável pelas investigações deve ter muita cautela, pois, em geral, os erros praticados nesta fase não podem ser corrigidos na fase processual, porque é um ônus excessivo ao réu e também porque as falhas verificadas naquela fase poderão beneficiar o real infrator, em prejuízo das finalidades maiores do Processo Penal internacional (SAFFERLING, 2001, p. 73).

Isso não é, sem dúvida, o mesmo que dizer que a polícia deve colaborar com a defesa do investigado, mas, ao contrário, que deve se esforçar em encontrar o real infrator da lei penal, atingindo-se um dos objetivos maiores da Justiça Penal, que é o fim da impunidade e o de afastar a possibilidade de ser responsabilizado um inocente.

Com efeito, o equilíbrio entre o garantismo e a eficiência só pode ser alcançado, na fase preliminar, quando, além de prevalecer o princípio da objetividade, houver um controle efetivo das atividades exercidas pela polícia.

O Projeto de Lei n. 4.209/01, que “altera dispositivos do Decreto-lei n. 3.689, de 3/10/41 – Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências”, em seu art. 6º, § 1º, dispõe expressamente sobre a necessidade de prévia ciência do Ministério Público, do ofendido e do investigado, quanto às diligências previstas nos incs. V e VI do mesmo artigo:

Art. 6º Não sendo a infração de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito, devendo:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, preservando-o durante o tempo necessário à realização dos exames periciais;

[...]

37 “In the opinion of the Court, the presumption of innocence is therefore not only applicable to courts but also to other state authorities and not only during the formal trial but also to other state authorities and not only during the formal trial but as soon as the suspect is substantially affected”. (SAFFERLING, 2001, p. 72)

IV – ouvir o investigado;

V – proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas;

VI – determinar, se o for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias (art. 159);

VII – proceder, quando necessária, a reprodução simulada dos fatos, desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

§ 1º. Instaurado o inquérito, as diligências previstas nos incisos V e VII deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado.

Outro dispositivo interessante do projeto de lei acima mencionado é o art. 16, que prevê que “todos os atos da autoridade policial e do Ministério Público deverão indicar os fatos que os determinaram e ser fundamentados”, o que demonstra a necessidade de que o princípio da motivação não atinge tão somente o Poder Judiciário, mas todo aquele que, de alguma forma, exerce algum poder coercitivo sobre outrem.

O art. 20, em salutar previsão do resguardo da vida privada do investigado, prevê, *in verbis*:

Art. 20. A autoridade policial, o Ministério Público e o juiz assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos.

§ 1º Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimada, da vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, veda sua exposição aos meios de comunicação.

Por seu turno, a proposta de anteprojeto de lei apresentada pelo então ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Arnaldo da Fonseca, no sentido de criar juizados de instrução para o julgamento de causas graves que especifica, apesar de não prever expressamente essa preocupação com a não devassa da vida privada do investigado pelos meios de comunicação, o faz implicitamente, na medida em que no art. 8º prevê a possibilidade de o juiz, em algumas hipóteses, atuar de ofício na produção de algumas provas cuja exposição possa prejudicar a esfera íntima de privacidade do investigado.

Neste sentido, prevê o art. 8º, *in verbis*:

Art. 8º. Nas hipóteses do inciso III, do art. 7º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a

diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso sigredo de justiça.

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de Secretaria da Vara ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, os sujeitos legítimos no procedimento investigatório ou na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos aos mesmos, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

Art.9º Nos casos dos arts. 6º e 8º, desta Lei, o juiz que promoveu diretamente os atos de diligência, está impedido de processar e julgar a ação penal (TUCCI, 2004, p. 154).

Novamente, portanto, vê-se a preocupação de controlar as atividades investigatórias que possuem grande poder de dano aos interesses do investigado.

Não é outra a solução encontrada pelo Tribunal Penal Internacional, o qual prevê o controle também das atividades de investigação. Com efeito, o Tribunal Penal Internacional, a partir da criação de um órgão judicial para o acompanhamento amíúde do que acontece na fase de investigação, sendo que o órgão que irá julgar será efetivamente outro, isto é, a Câmara de Julgamento – que não participou da fase de prejulgamento –, bem demonstra a preocupação com a preservação dos direitos humanos dos acusados nesta fase processual, bem como a garantia da imparcialidade do órgão julgador.

Neste sentido, é o teor do art. 57 do Estatuto de Roma:

Artigo 57: Funções e atribuições da Câmara de Questões Preliminares
[...]

3. Além de outras funções previstas no presente Estatuto, a Câmara de Questões preliminares poderá;

- a) a requerimento do Promotor, expedir os mandados e adotar outras medidas necessárias à realização de uma investigação;
- b) a requerimento de quem tenha sido preso ou tenha se apresentado em virtude de uma citação, em conformidade com o artigo 58, adotar medidas, inclusive as indicadas no artigo 56, ou solicitar, em conformidade com a

- Parte IX, a cooperação necessária para ajudá-lo a preparar a sua defesa;
- c) quando necessário, assegurar a proteção e o respeito da intimidade das vítimas e testemunhas, a preservação das provas, a proteção dos indivíduos detidos ou que tenham se apresentado em virtude de uma citação, bem como a proteção de informações que afetem a segurança nacional;
- d) autorizar o Promotor a adotar determinadas medidas de investigação no território de um Estado-parte sem ter obtido a cooperação deste em conformidade com a Parte IX, quando possível levando-se em consideração a posição do Estado em questão, se a Câmara de Questões Preliminares determinar que tal Estado manifestamente não está em condições de executar um pedido de cooperação devido à inexistência de autoridade ou órgão de seu sistema judiciário competente para executar um pedido de cooperação, em conformidade com a Parte IX;
- e) quando um mandado de prisão ou uma citação houver sido expedido, em conformidade com o artigo 58, e levando em consideração o valor das provas e dos direitos das partes interessadas, em conformidade com o disposto neste Estatuto e nas Regras de Procedimento e Prova, solicitar a cooperação de um Estado de acordo com o artigo 93, parágrafo 1 j) para adotar as medidas cautelares com vistas a apreensão de bens que, em particular, beneficie em última instância as vítimas.

Da leitura do mencionado dispositivo estatutário observa-se a preocupação com a garantia dos direitos do investigado pelo Ministério Público diante do Tribunal Penal Internacional, sendo assegurado inclusive, pelo § 3º, inc. **b**, o exercício do direito de defesa.

É possível que, em algumas situações, em que a divulgação das informações possa colocar em perigo o interesse social, a autoridade policial decreta o sigilo das investigações, todavia, tal situação deve ser excepcional, pois, como se verá a seguir, o princípio da publicidade é a regra que ventila o processo como um todo e uma das garantias quanto à imparcialidade do órgão de acusação e do juiz.

Esse assunto, referente à participação da defesa durante a fase investigatória, tem despertado grande discussão e controvérsia, havendo forte tendência no sentido de admitir a participação plena da defesa durante esta fase com a finalidade de garantir o devido processo legal, sob o enfoque da “paridade de armas”, vedando-a tão somente quando o sigilo das investigações o exigirem.

Na Inglaterra, por exemplo, em que a participação da defesa na fase de investigação não era admitida, passou-se a admiti-la com o PACE (1984), sendo que atualmente só em situações excepcionais o direito a um advogado é negado (TUCCI, 2004, p. 105).

O mesmo acontece nos Estados Unidos, em que a sexta emenda à Constituição o prevê, bem como a jurisprudência da Suprema Corte (Idem, p. 105).

No art. 14, III, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, consta norma expressa no sentido de ter o investigado direito a um aconselhamento técnico na fase inicial de investigação, tratando-se da única forma capaz de, desde um primeiro momento, assegurar efetivamente a dignidade do acusado diante do aparato das autoridades investigadoras (TUCCI, 2004, p. 105).

Há situações, ainda, em que apenas a participação de até mais de um defensor, tendo em vista a complexidade da causa, é que assegurará a efetiva defesa do investigado, sendo atribuição do Tribunal Internacional adotar medidas para que isso seja implementado (SAFFERLING, 2001, p. 111).

A complexidade dos fatos é também causa, segundo estatui o art. 55, II, do Estatuto da Roma, para que o direito de o investigado ou acusado exercer pessoalmente sua defesa possa ser relativizado, se o interesse da justiça o exigir (SAFFERLING, 2001, p. 113-114).

Evidente o reflexo de eficiência de tal proceder em nosso Direito Processual Penal, na medida em que lança novas luzes sobre a escolha do defensor pelos acusados em geral, prevalecendo entre nós o aspecto da experiência técnica sobre a defesa pessoal do réu, diferente do utilitarismo próprio do sistema da *Common Law*, em que se empresta valor à opção do acusado, ao argumento de que competirá a ele assumir o ônus até financeiro da escolha do defensor (SAFFERLING, 2001, p. 113).

Observa-se, assim, quanto ao papel da defesa durante as investigações, conforme análise dos exemplos internacionais, uma forte tendência rumo à sua ampliação, o que deve refletir no Direito brasileiro.

3.5.2 As soluções encontradas pela União Europeia

Em matéria de observância do princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, essencial, neste particular, para a compreensão da participação

da defesa durante a investigação, verifica-se que as soluções encontradas na União Europeia, mediante a influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos nos países, são esclarecedoras quanto ao Direito Processual brasileiro e de como a Convenção Americana de Direitos Humanos pode ainda avançar em matéria de influência em nosso Direito interno.

Interessante, portanto, sob este prisma, observar o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

Artigo 6:

1. Toda pessoa tem direito a que sua causa seja ouvida de forma equitativa, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um Tribunal independente e imparcial, estabelecido por Lei, que decidirá os litígios sobre seus direitos e obrigações de caráter cível ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. A sentença deve ser pronunciada publicamente, mas o acesso à Sala de Audiência pode ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou parte do processo, em vista do interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção da vida privada das partes no processo assim o exigirem, ou na medida considerada necessária pelo Tribunal, quando em circunstâncias especiais a publicidade puder ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Toda pessoa acusada de uma infração presume-se inocente, até que sua culpabilidade tenha sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos:

a) de ser informado, no mais curto prazo, em uma língua que compreenda e de forma detalhada, sobre a natureza e causa da acusação formulada contra ele;

b) de dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação de sua defesa;

c) de defender-se por si mesmo ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e, caso não tenha meios para pagá-lo, de poder ser assistido, gratuitamente, por um advogado de ofício, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) de inquirir ou fazer inquirir as testemunhas que depuserem contra ele e de obter a citação e o depoimento das testemunhas que depuserem em seu favor nas mesmas condições das testemunhas que assim o façam contra si;

e) de ser assistido, gratuitamente, por um intérprete, se não compreende ou não fala a língua utilizada na audiência.

O que se discute, portanto, e que merece a aplicação deste art. 6 na Europa, é em que medida o poder de investigação poderá avançar em detrimento do direito individual do investigado e em que medida poderá este atuar de modo a fazer exercer o princípio da paridade de armas, expressamente reconhecido na Convenção, sem ofender o sigilo das investigações, quando excepcionalmente se fizer necessário em um processo de natureza acusatória.

O que se assume, pela Convenção, em primeiro lugar, é uma faceta nitidamente acusatória e, portanto, dialética de Processo Penal, em que incumbe inicialmente e primordialmente às partes a elaboração probatória, havendo nítidas definições do papel da acusação e da defesa, em que sobressai, portanto, o princípio da paridade de armas, uma vez que essencial para o exercício equitativo das funções processuais.

Assim é que se pode observar, pela dicção do mencionado dispositivo convencional, quatro direitos fundamentais da defesa exercitáveis já na fase de investigação, a saber: a) direito à informação; b) direito a um prazo razoável de análise; c) direito de assistência; d) direito de confrontação; e e) direito a uma plena ciência da acusação ou investigação.

O direito à informação: consiste, em suma, no dever de comunicar o conteúdo dos autos ao investigado, sendo que esse dever de informação deve ser exigido apenas das autoridades responsáveis pela investigação, não pela defesa, que não pode se obrigada a auto-incriminação, nos termos inclusive do disposto no art. 67, (1) do Estatuto do TPI. Esse poder de acesso não implica, contudo, um dever absoluto de garantir o acesso (AMBOS, 2008, p. 86), na medida em que existam situações excepcionais a justificar a exceção. Já no que diz respeito, por exemplo, à aferição da legitimidade de eventual decisão de prisão cautelar, o defensor deve ter acesso amplo a todos os documentos e informações constantes do procedimento e que sejam necessárias a atacar os motivos da mesma (AMBOS, 2008, p. 88).

O direito a um prazo razoável de análise: este dispositivo convencional garante ao imputado o direito de dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação de sua defesa, não sendo razoável que tenha um prazo exíguo, de apenas alguns dias, para analisar um grande volume de documentos, quando a acusação contou com um prazo muito maior para analisá-los e viabilizar o oferecimento da acusação.

Nesse sentido, observa Kai Ambos (2008, p. 90) não ser possível delimitar aprioristicamente qual seria o prazo suficiente, mas deverá ser analisado conforme as circunstâncias do caso concreto.

O direito de assistência: a defesa tem, nesse aspecto, uma tríplice garantia quanto ao direito de assistência, a saber: o direito de contar com um defensor de sua confiança, com um defensor gratuito ou de defender-se a si mesmo (AMBOS, 2008, p. 90).

Tem-se entendido, no sistema europeu, que a nomeação do defensor deve ocorrer desde os primeiros momentos da investigação, ressalvadas, é claro, as matérias fundamentadamente afastadas tendo em vista o interesse público.

Assim, segundo Kai Ambos:

Portanto, há de se indagar se, concretamente, um ato determinado da investigação é tão relevante para a defesa que a falta de defensor a este ato pode conduzir a uma desvantagem irreparável para a defesa. O Tribunal percebeu que isso ocorreria no caso da falta de assistência do defensor nas primeiras inquirições policiais (“at the initial stages”) ou mesmo nas primeiras inquirições de investigações judiciais (AMBOS, 2008, p. 91).

Uma vez definido o dever de assistência como um parâmetro imposto pelo tribunal, não existem regras quanto à observância do mesmo entre os Estados, que têm, nessa matéria, certa discricionariedade, desde que observado o dever de garantir a assistência efetiva, assim, o tipo de assistência e, por exemplo, os dias em que o defensor deverá ter contato com o acusado deverão ser observados dentro de um critério de razoabilidade, já tendo sido observado no caso Ocalan, que duas visitas do defensor por semana, com uma hora de duração cada uma, não são suficientes, em se tratando de procedimento envolvendo acusação de terrorismo e outros fatos particulares (AMBOS, 2008, p. 92).

Tem-se entendido que, em algumas situações, mesmo contra a vontade do acusado, à vista da gravidade e complexidade dos fatos, possa-lhe ser obrigatoriamente nomeado defensor (Idem, p. 93), mas é de se observar que o TPI, neste particular, seguiu posicionamento singular, mais próximo do sistema da *Common Law*, como se observa no caso Milosevic, ao permitir que exercesse pessoalmente a sua defesa (Idem, p. 93).

O direito de confrontação consiste essencialmente na possibilidade do imputado inquirir as testemunhas contra si e de arrolar aquelas que lhes sejam favoráveis e tem grande relevância esta discussão quando se fala nos chamados “testemunhos anônimos”, em que para garantir maior eficiência à colheita de provas, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, como nos casos de gravidade do crime ou periculosidade do agente, permite-se a colheita de prova por meio de testemunhos anônimos ou inacessíveis.

Nesses casos, tem entendido a Corte Europeia de Direitos Humanos pela admissibilidade, em regra, de tais testemunhos, desde que garantida, em alguma medida, a possibilidade de confrontação ao imputado, tendo como base o conteúdo central do art. 6, parágrafo 3º (d), da CEDH (AMBOS, 2008, p. 96). Assim, tem sido admitida a utilização de instrumentais como *video link*, desde que mantenham a possibilidade de a testemunha ser inquirida diretamente ou mediante a presença apenas do defensor (Idem, p. 97).

É interessante que essas lições bem podem servir como norte para as discussões mantidas no Direito brasileiro sobre a possibilidade de depoimentos anônimos ou de utilização de instrumentos tecnológicos para a tomada de depoimentos³⁸.

É de se ver que a Lei n. 11.900/09, que deu nova redação ao Código de Processo Penal brasileiro, aceitou a utilização da videoconferência.

Por fim, o direito a uma plena ciência da acusação ou investigação, nos termos do art. 6, par. 3 (e), da CEDH, que complementa o direito a uma defesa efetiva, consiste na possibilidade de o imputado contar com um profissional gratuito que lhe permita ter acesso pleno a todo o material probatório juntado, tratando-se, na verdade, de um direito à comunicação (AMBOS, 2008, p. 98).

Do que valeriam os demais direitos de defesa consagrados no art. 6 da CEDH se não houvesse a garantia de um intérprete a quem dele necessitasse. Seria uma verdadeira vitória de Pirro.

38 Em nossa obra “O interrogatório do acusado”, defendemos a possibilidade de utilização da videoconferência para a colheita de interrogatório, sendo que a discussão deveria centrar-se tão somente na possibilidade ou não do instrumento tecnológico em permitir um pleno acesso e contato entre interrogando e a autoridade judiciária. (GEMAQUE, 2006)

Ainda que o art. 6 da CEDH tenha consagrado essa série de direitos de defesa e que são fundamentais para a análise e consideração da participação do acusado na investigação, considerando o princípio da paridade de armas, a orientação que se tem obtido é que as consequências da não observância eventual a tais direitos deve ser analisada sob o prisma da chamada “consideração integral”, que consiste em uma verificação geral das circunstâncias do caso concreto em que não se observou determinada garantia, para verificar se esta inobservância causou ou não uma lesão efetiva ao princípio da paridade de armas, hipótese em que se admite a anulação do processo (AMBOS, 2008, p. 98).

Segundo Kai Ambos:

O tribunal tem sido especialmente ‘flexível’ em relação à valoração das provas adquiridas de modo contrário à Convenção, especialmente aquelas obtidas de maneira contrária ao art. 6, parágrafo 3 (d), da CEDH. Por um lado, outorga ao legislador nacional, no campo do direito de provas, um amplo âmbito de discricionariedade, exercendo somente um controle sobre eventual abuso. Por outro lado, as provas devem ser valoradas com extremo cuidado (‘extreme care’), mas devem ser valoradas ao final, e a lesão do art. 6 da CEDH somente será considerada (consideração integral!) quando a condenação se basear exclusivamente em um depoimento testemunhal obtido de maneira contrária à Convenção, ou quando houver influência deste depoimento em uma parte decisiva daquela condenação, e desde que este depoimento não tenha sido ratificado por outros meios de prova obtidos legitimamente (AMBOS, 2008, p. 99).

Em suma, em matéria de participação da defesa na fase de investigação, a tendência é pela admissão de acesso e de efetivo exercício da ampla defesa, desde o momento em que haja uma convergência de indícios apontando o imputado como autor dos fatos, podendo contar com o auxílio de um defensor, exceção feita quanto às provas acobertadas pelo sigilo e tendo em vista o interesse público.

A tendência jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos é um parâmetro a ser seguido pelo TPI, na medida em que, como visto, aquela corte há muito tempo já trabalha sobre situações fáticas de países diferentes, procurando soluções que possam ser aplicadas a todos. Seus julgados fixam também parâmetros garantistas importantes.

Tais exemplos são, assim, importantes ao Direito brasileiro, em que a participação da defesa na investigação é tema bastante discutido, até porque o ordenamento jurídico brasileiro não conta com uma disciplina específica acerca da questão. Devem também exercer influência aqui, diante da adoção que tiverem pelo TPI.

3.5.3 A superação do falso dilema do atraso na marcha processual

Um problema que pode ser apontado, quando se fala em participação da defesa na fase de investigação, é o fato de que haveria um retardo na conclusão do processo, em prejuízo da eficiência, pois como tão somente as provas produzidas em contraditório podem ensejar a condenação, não haveria efetivo prejuízo pela não participação da defesa na fase investigatória, fase em que para a finalidade das investigações seria mais eficiente deixar a defesa excluída, ressalvada a possibilidade de recorrer ao Judiciário para evitar ilegalidades ou abusos de poder, mediante os recursos legais tradicionalmente cabíveis, tal como o *habeas corpus*.

Tal conclusão resulta de uma premissa falsa.

Primeiro, porque nem todas as provas produzidas durante a fase de investigação podem ser repetidas em juízo. Com efeito, há provas que são irrepetíveis. Em tais circunstâncias, recomenda-se que seja concedida à defesa a possibilidade de exercer a ampla defesa, pois o contraditório dito diferido não é suficiente para influir nas eventuais conclusões periciais.

Segundo, porque tem sido muito comum, no Direito brasileiro, a aceitação de que as provas produzidas durante a fase de investigação possam ser utilizadas em juízo. Ainda que a doutrina majoritariamente condene tal conclusão, há forte inclinação jurisprudencial a aceitar isso. Observe-se que tal entendimento restou fortalecido com a recente redação do art. 155, dada pela Lei n. 11.690, de 2008:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Isso porque, ao falar em “exclusivamente”, o dispositivo legal dá a entender pela possibilidade da utilização desse tipo de prova, desde que não “exclusiva”, o que diverge de uma visão mais técnica e que procura afastar todas as provas não ventiladas por garantias constitucionais.

Terceiro, porque a finalidade essencial da fase investigativa é fornecer subsídios para o oferecimento da acusação, não esgotar a produção probatória. Portanto, se no Processo Penal brasileiro, o inquérito policial tem revelado uma natureza plenária é por desvio de finalidade da natureza do instituto, que não a possui ontologicamente. O ideal é que durante as investigações sejam produzidas as provas essenciais para a formação da convicção do órgão acusador, sendo que as demais provas devem ser produzidas na fase judicial que se segue, sob o crivo do contraditório. Assim, respeitada essa natureza não haveria razão para a crítica mencionada quanto à participação da defesa durante as investigações, no sentido de diminuir a eficiência ao ensejar a inútil repetição de provas, pois tão somente aquelas essenciais seriam produzidas durante a investigação.

3.5.4 A investigação paralela da defesa

Um tema importante e que diz respeito à participação da defesa durante a investigação é o da investigação criminal defensiva, ou seja, a investigação realizada paralelamente pela defesa.

Tem prevalecido na doutrina o entendimento de que deve ser assegurada a possibilidade de realização de investigações diretamente pela defesa, já desde a fase das investigações.

Os argumentos favoráveis a essa possibilidade são vários, desde o já apresentado, no sentido de que há provas que só poderão ser confrontadas e inutilizadas do ponto de vista de sua eficácia para condenar, caso possa a defesa, desde o início, contrapor-se a elas; ou de que deve ser assegurada à defesa as mesmas condições garantidas à acusação a fim de possibilitar a paridade de armas.

Essa possibilidade de investigações diretamente pela defesa nada mais é do que a aplicação concreta, tal como a possibilidade de investigação pelo Ministério Público que se avizinha, desde que implementada mediante lei, dos princípios acusatório e de paridade de armas.

Entende-se que desde o início das investigações, em nosso sistema, o Ministério Público, que é parte, encontra-se em posição acusadora, procurando afirmar a pretensão estatal diante do Estado, sendo que ainda que se possa atribuir ao MP a incumbência de produzir também provas favoráveis ao acusado, o que é até um dever ético, é da própria natureza das coisas que a linha de investigação seja ditada pelo interesse da acusação, menosprezando-se, muitas vezes, outras linhas investigatórias eventualmente favoráveis à defesa.

Um dos aspectos inerentes ao direito de defesa é o princípio da ampla defesa, o qual significa que o exercício deste direito há de ser da forma mais extensa possível, com todos os meios a ela inerentes, inclusive o direito à prova ou o poder de produzir e apresentar provas capazes de demonstrar a veracidade das alegações (MACHADO, 2009, p. 148).

Esse direito à prova deve ser estendido até a fase do inquérito policial, seja pelos motivos já indicados, dentre eles a efetivação da paridade de armas, seja diante do fato de que muitas das provas eventualmente produzidas na fase de investigação não poderão ser mais afastadas durante a fase de instrução, o que tornaria mera falácia o contraditório dito diferido, uma vez que realizado durante a fase de instrução.

Tal direito, uma vez reconhecido, deve ser pautado de forma regulamentada, como todo direito eventualmente existente em matéria de direito processual, como deve ocorrer, conforme visto, com a possibilidade de investigação pelo Ministério Público.

A possibilidade de produção de provas pela defesa, desde a fase de investigação, relaciona-se ao tema referente ao momento em que alguém passa à condição de suspeito, havendo a solução dada pelo *Corpus Juris*, no sentido de que a figura do indiciado coincide com a presença de índices graves e concordantes de culpabilidade, o que pode ocorrer não somente em um interrogatório, como em situações de cumprimento de mandado de busca e apreensão, vedando-se a oitiva de um suspeito como uma mera testemunha (LIMA, 2007, p. 179).

É a delimitação deste momento processual que possibilita o pleno exercício do direito de defesa de quem seja suspeito, e não mera testemunha, bem como evita toda a sorte de arbítrio pela manipulação dessas situações para enfraquecer a figura processual da defesa.

A experiência italiana é rica quanto à possibilidade de a defesa produzir provas na investigação, conforme se verifica do art. 391 do Código de Processo Penal daquele país, que sofreu substancial mudança para lhe conferir uma faceta nitidamente acusatória.

Segundo André Augusto Mendes Machado, essa possibilidade de investigação diretamente pela defesa veio a contrabalançar o viés acusatório das *indagini preliminari*, dirigidas pelo Ministério Público (MACHADO, 2009, p. 112).

Estabeleceu-se, com efeito, naquele país, conforme salienta o autor, um interessante modelo paralelo de investigações, a cargo do defensor do acusado, que assume verdadeiro *munus* público.

Entre os direitos do acusado em matéria de investigação defensiva encontram-se os seguintes: a) direito a entrevistas para a obtenção de dados úteis à investigação, caso haja concordância da pessoa em fazê-lo; caso contrário, verificada a necessidade dela, solicitar ao Ministério Público a realização da mesma; b) tomar por escrito as informações eventualmente apresentadas e juntá-las em um processado, conhecido como fascículo; c) requisitar documentos às repartições da administração pública; d) ter acesso a lugares e documentos; e) realização de investigação preventiva, isto é, realizado antes mesmo de qualquer investigação estatal; e f) utilização da documentação eventualmente produzida (MACHADO, 2009, p. 125).

O art. 378 do Código Penal italiano pune o advogado que introduzir provas sabidamente falsas ou obtidas de modo ilícito.

Outro ponto interessante que tem sido discutido é que o momento em que a defesa deve ser comunicada da existência do procedimento criminal, é aquele em que há o registro da notícia do crime pelo Ministério Público (MACHADO, 2009, p. 129), oportunidade em que passa a exercer os direitos inerentes à investigação defensiva, sem descurar do fato de que pode ser realizada sempre preventivamente, como visto.

Todos esses elementos são indicadores da importância da viabilização da investigação defensiva e que os exemplos oriundos do Direito italiano são muito interessantes para que, no futuro, esse tipo de investigação seja admitido no Direito brasileiro.

Isso é ainda mais importante no momento atual, em que se discute a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, o que é salutar, desde que haja previsão de sua disciplina em lei, conforme visto e desde que seja assegurado à defesa um instrumento similar, havendo na investigação defensiva uma boa fórmula para equilibrar, nesse ponto, a balança entre a eficiência e o garantismo.

3.6 O papel do juiz e o tratamento da imparcialidade

A definição de qual o papel a ser desempenhado pelo juiz está intimamente ligado aos sistemas processuais conhecidos. Assim, se o país adotar o modelo da *Common Law*, em que predomina o sistema “adversarial” ter-se-á um juiz mais distante das partes, na medida em que por esse sistema entende-se, como visto, que a verdade deva surgir do debate entre as partes. Já no modelo da *Civil Law* ou continental, em que predomina o sistema inquisitorial, pode o juiz ter uma atuação incisiva no sentido de encetar a produção de determinadas provas.

É sempre bom lembrar que seguramente nenhum país civilizado adota de maneira absoluta um dos modelos, havendo, muito mais, situações em que as características dos dois modelos misturam-se.

Isso é exatamente o que se observa, por exemplo, nos tribunais penais internacionais, mormente no Tribunal Penal Internacional, a partir do Estatuto de Roma.

No Estatuto de Roma houve, nesse ponto, uma mistura dos dois sistemas, de modo a se observar que o juiz do Tribunal Penal Internacional deve atuar, em geral, de forma distanciada dos fatos, mas, em algumas situações específicas, é-lhe atribuído um papel de maior intervenção no processo, nos moldes do Direito continental.

Diante da organização do Tribunal Penal Internacional, em que se prevê uma Câmara de Prejulgamento para o controle da investigação e admissibilidade da acusação, as funções propriamente de instrução, após admitida a acusação, competem à Câmara de Julgamento, que exercerá, segundo o art. 64 do Estatuto, os poderes inerentes ao juiz de instrução.

O referido artigo reúne os principais poderes do juiz de primeira instância do TPI, verificando-se que, em regra, seus poderes são aqueles inerentes ao processo acusatório, em que o juiz se coloca em posição equidistante às partes e aguarda a provocação das mesmas a fim de deferir ou não as medidas solicitadas, não exercendo atividades complementares.

Ocorre que alguns dos dispositivos deste art. 64 reúnem características próprias do sistema continental, merecendo algum destaque.

Neste sentido é o item 6 “b”, “c”, “d”, “e” e “f”:

6. No desempenho das suas funções, antes ou no decurso de um julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, se necessário: [...]

- b) Ordenar o comparecimento e a audição de testemunhas e a apresentação de documentos e outras provas, obtendo para tal, se necessário, o auxílio de outros Estados, conforme previsto no presente Estatuto;
- c) Adotar medidas para a proteção da Informação confidencial;
- d) Ordenar a apresentação de provas adicionais às reunidas antes do julgamento ou às apresentadas no decurso do julgamento pelas partes;
- e) Adotar medidas para a proteção do acusado, testemunhas e vítimas; e
- f) Decidir sobre qualquer outra questão pertinente.

O item 7 menciona ainda o poder que tem o juiz de determinar a realização de audiência a portas fechadas ou em segredo, de modo a garantir informações de caráter confidencial ou os direitos das vítimas e testemunhas.

O art. 69, item 3, do Estatuto, prevê ainda a possibilidade de o juiz de instrução determinar, de ofício, a realização de outras provas:

- 3. As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64. O Tribunal será competente para solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos.

Em análise a este dispositivo, acentua Safferling que o mesmo é a prova de que o juiz do TPI está longe de representar a figura do mero árbitro do Direito inglês, para representar um juiz mais ativo no controle da produção de provas pelas partes, mas que, no entanto, não o coloca como um juiz inquisidor (SAFFERLING, 2001, p. 220).

Os juízes de cortes internacionais possuem ainda um poder de controle sobre os procedimentos levados a efeito nos julgamentos, podendo

decidir quando a regra da publicidade dos julgamentos poderá ser excepcionada, como também uma testemunha vulnerável poderá ser ouvida em condições excepcionais, em sessões fechadas (CASSESE, 2009, p. 425). Essa característica singulariza o juiz de cortes internacionais dos juízes estaduais, na medida em que estes são mais ligados aos procedimentos ditados pela legislação interna dos diferentes países, já naqueles tribunais existe uma maior flexibilidade quanto aos procedimentos e sua modificação excepcional pelos juízes.

É interessante que o Estatuto de Roma tenha buscado uma solução conciliatória entre duas características díspares de juízes, conforme o sistema da *Common Law* e do Direito continental. A solução encontrada pelo Estatuto, conforme visto acima, é bastante interessante e demonstra que não há papel perfeito e previamente definido ao juiz, mas sim que esse papel deve ser suficientemente equidistante a permitir a livre atuação das partes e a liberdade de convicção do julgador, como também deve permitir que este exerça um importante papel de fiscal e controle sobre a atividade probatória das partes, de modo a evitar que o processo internacional transforme-se em um mero jogo das partes. É a figura do juiz de garantias.

O juiz de garantias, conforme já se teve oportunidade de indicar neste trabalho, é o modelo ideal para a salvaguarda dos direitos individuais na fase de investigação, para a admissão da investigação pelo Ministério Público, uma vez que jungida ao controle legal do juiz e para a primazia do processo acusatório, permitindo ainda que outro julgador participe da fase de instrução.

Tal solução certamente é importante e serve como norte às soluções a serem encontradas no Direito brasileiro, não havendo, conforme visto, respostas ideológicas e absolutas, mas sim papéis que resultam da melhor prática processual e já consagrada nos tribunais penais internacionais.

Importante citar que, na União Europeia, onde as disparidades nacionais foram progressivamente limitadas pela influência das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, atribue-se, pelo *corpus juris*, ao juiz nacional a missão precípua de controle judiciário na fase preparatória do processo, aplicando as normas comunitárias e, somente no caso de alguma lacuna, a norma nacional (art. 35 do *corpus juris*). (LIMA, 2007, p. 153)

Destarte, a primeira garantia que se espera diante de um juiz penal é a sua independência, segundo sua imparcialidade e, terceiro, a realização de medidas, tendo em vista as normas processuais vigentes, para encontrar o real infrator da lei penal, mediante o respeito às garantias processuais do mesmo.

Esse é o equilíbrio buscado entre a eficiência do processo e o garantismo, mas nem sempre é simples o encontro de tal equilíbrio, havendo, por certo, situações, em que se entra em uma zona confusa quanto ao papel a ser desempenhado pelo juiz durante o processo.

Desde o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que, ao positivar uma conquista da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, passando pela Constituição Federal brasileira, bem como pelo Estatuto de Roma e pelo art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, todos esses instrumentos exigem a presença de um juiz independente e imparcial.

A independência do juiz é uma garantia objetiva e que diz respeito à situação funcional e institucional do juiz, que não pode estar sujeito a outros poderes ou instituições quaisquer, devendo possuir meios próprios para fazer cumprir suas decisões e de não se deixar influenciar por terceiros, devendo ser institucional e funcionalmente independente do Executivo, do Legislativo e das partes (SAFFERLING, 2001, p. 91). Há, assim, portanto, uma tripla base para a independência do juiz.

É importante questionar a própria escolha dos juízes, pois o princípio da independência deve garantir uma isenção do juiz de outras instâncias de poder (CASSESE, 2005, p. 393).

Assim é que Antonio Cassese sugere que o melhor método de escolha de juízes é por meio dos parlamentos, exatamente como acontece com as cortes internacionais, em que são escolhidos pela Assembleia Geral da ONU (CASSESE, 2005, p. 394).

A imparcialidade do juiz, por outro lado, ao contrário da independência, que é um requisito objetivo, é subjetiva, pois se refere à figura pessoal do juiz (SAFFERLING, 2001, p. 91). Pode-se dizer, assim, que existem dois círculos de garantias, um mais amplo (independência) e outro mais restrito (imparcialidade). Portanto, para que o juiz esteja apto a participar do processo, tomando decisões, é preciso que passe por ambos os crivos.

Em outras palavras, o juiz que não for independente, não pode julgar, e o processo em que atuou, se acarretar prejuízos a outrem, é instrumento de ofensa aos direitos humanos, passível de responsabilização internacional do Estado infrator. Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, em um Estado democrático de Direito, é essencial que o órgão julgador deva inspirar confiança na sociedade, pois: “a justiça não deve apenas ser feita; ela deve parecer que está sendo feita”³⁹.

Já a imparcialidade também deve ser analisada sob dois filtros: primeiro, um pessoal; segundo, um orgânico ou funcional (SAFFERLING, 2001, p. 92). Conforme acentua Safferling, ao analisar decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, a imparcialidade pessoal é presumida até prova em contrário. Já a imparcialidade funcional refere-se quanto às condições de que goza o juiz – em sua instituição judiciária específica – a fim de verificar se está, de fato, protegido contra injunções da própria instituição a que pertence:

Duas questões devem ser respondidas. Primeiro, se o tribunal é ou não independente do Executivo, do Legislativo e das partes envolvidas. Segundo, se os juízes são imparciais tanto pessoal quanto organizacionalmente. Somente se isso puder ser dito de um ponto de vista exterior não haverá dúvidas quanto à independência e imparcialidade da Corte⁴⁰. (Tradução nossa)

Isso é de extrema importância, pois delimita, com precisão, primeiro, os limites entre independência e imparcialidade. Segundo, porque insere uma questão nova, principalmente ao Brasil, que é verificar se os juízes são, de fato, imparciais, do ponto de vista organizacional. Em outras palavras, com isso, busca-se afastar eventuais injunções autoritárias dos órgãos de cúpula sobre as instâncias inferiores, pois, apesar de não haver vínculo hierárquico entre as diferentes esferas de poder do Judiciário brasileiro, o influxo constante de medidas administrativas restritivas aos direitos dos magistrados pode implicar em ofensa à imparcialidade do juiz, sob o ponto de vista aqui tratado.

39 ECourHR *Campbell and Fell v UK* Judgment 28 June 1984.

40 “Two questions must thus be asked. First, whether or not the tribunal is independent from the executive, legislative and parties involved. Secondly, whether the judges are impartial both personally and organizationally. Only if can be said that from an outside point of view there are no reasonable grounds to doubt court’s independence or impartiality can both questions be answered in the affirmative”. (SAFFERLING, 2001, p. 92)

É interessante que, no Brasil, a discussão fica limitada aos primeiros filtros mencionados. Em outras palavras, indaga-se apenas se há independência e imparcialidade, sob um ponto de vista formal. Todavia, é de ver-se que a análise deve ser material, de modo a verificar se, de fato, ocorre a independência e imparcialidade no caso concreto.

Uma questão importante que se aplica ao Direito Processual brasileiro, é a grande facilidade com a qual juízes têm dado declarações à imprensa em geral, antecipando muitas vezes seu pensamento e sua decisão final. É muito grave tal procedimento, pois entra em choque com o primado da imparcialidade do juiz e, segundo, porque indiscutivelmente a imprensa não opera, na grande maioria dos casos, objetivando o interesse público como seria de se esperar, ao veicular notícias sobre as atividades forenses, mas busca apenas a lucratividade de suas atividades.

Um ponto fundamental quanto à imparcialidade do juiz é como disciplinar sua atuação no campo probatório.

Ainda que se defenda um papel inteiramente passivo do juiz, dizendo que isso seria próprio do modelo acusatório, verdade é que não se pode simplesmente importar modelos estrangeiros, oriundos muitas vezes de países com realidades completamente diferentes da nossa.

É preciso atentar para a realidade brasileira, verificando-se que nossa realidade é desigual, calcada em séculos de desequilíbrios econômicos, sendo mera ilusão achar que as partes no Processo Penal podem se manter em situação de isonomia.

Nos dizeres de Marcos Alexandre Coelho Zilli:

Trata-se de emblemática questão cuja resposta não pode deixar de levar em consideração uma sociedade multifacetada e retalhada por imensas desigualdades. Mas é certo que os hiatos econômicos e culturais foram assumidos pela ordem constitucional como passíveis de correção, o que implica dizer em possibilidade de redução para níveis toleráveis. Não há, pois, mais espaço para um Estado inerte. Dessa forma, como catalisador de interesses, o Estado brasileiro assumiu a missão de reduzir as desigualdades, de não acentuá-las e de não fomentar outras, o que jamais poderá ser confundido com um Estado paquidérmico, hipertrofiado, burocrático e autoritário (ZILLI, 2003, p. 273).

Portanto, afastar o juiz de um papel muitas vezes mais ativo na condução das provas seria esquecer essa realidade. Além disso, o juiz como

agente estatal e destinatário das provas, deve ser responsável pela condução do processo.

O reconhecimento da iniciativa instrutória não é a colocação do juiz acima das partes, mas sim como colaborador ativo da cena processual, de modo a auxiliar na busca de elementos de prova que possam formar seu próprio convencimento, dentro dos parâmetros do princípio do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da motivação, da independência e da imparcialidade (ZILLI, 2003, p. 274), instrumentos esses que são verdadeiros controles da atividade probatória do magistrado.

Outro ponto significativo quanto à imparcialidade diz respeito à possibilidade de cumulação de funções no processo pelo juiz que vai julgar, havendo entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que, em regra, não há óbice a que isso ocorra, mas se essa cumulação faz com que o juiz aprecie previamente uma questão que ele deve em seguida julgar, a incompatibilidade vem à tona, conforme se decidiu no caso Hauschildt, em que a corte decidiu pela violação do art. 6, §1º, da Convenção Europeia (LIMA, 2007, p. 158).

Segundo José Antonio Farah Lopes de Lima:

A imparcialidade não é de forma sistemática contestada quando o juiz ordena apenas medidas de investigação. A apreciação da imparcialidade do juiz depende então do caráter mais ou menos aprofundado das investigações que ele determinou antes do Processo Penal. Se as medidas não o levam a pré-julgar o mérito da causa (Fey) ou se os atos realizados são sumários (Padovani), a primeira decisão não é considerada como lesiva à imparcialidade do juiz devido a uma apreciação prévia. De maneira contrária, o cúmulo de funções de juiz de instrução e de juiz de julgamento fere o artigo 6 da Convenção quando o juiz fez uso amplo de seu poder de investigação (Tierce e al. c/ São Marinho, 25 de julho de 2000). O que conta é a extensão e a natureza das medidas adotadas pelo juiz antes do processo” (Saraiva de Carvalho, § 35) (LIMA, 2007, p. 159).

Vê-se, assim, que o Processo Penal brasileiro ainda é muito tímido na disciplina da imparcialidade e independência do juiz, havendo um hiato entre os exemplos internacionais e o Direito brasileiro, em detrimento das garantias processuais, devendo haver uma influência neste sentido.

3.7 Publicidade e mídia no Processo Penal

O Processo Penal desperta grande curiosidade do público em geral, como sempre se observou. Atualmente, contudo, diante das modernas tecnologias disponíveis, os meios de comunicação têm cada vez mais voltado suas atenções aos processos criminais e, não poucas vezes, surge o dilema de como proteger a privacidade do suspeito, ainda não definitivamente julgado, da malsã curiosidade do público, a significar uma verdadeira condenação antecipada e por entes privados ou particulares, sem a observância do devido processo legal.

Isso nada mais é do que Ferrajoli, conforme visto acima, menciona como “macropoderes”, em que as normas garantistas não se aplicam, pois tradicionalmente criadas e voltadas para o controle do poder estatal e não de empresas ou particulares.

Todavia, cada vez mais tem se percebido a necessidade de novos parâmetros a serem definidos, de modo a melhor preservar os direitos e garantias individuais diante da publicidade que os meios de comunicação oferecem do processo criminal.

Em outras palavras, é preciso redimensionar o princípio da presunção de inocência, reconhecido por todos os povos civilizados, sob uma ótica material, e não meramente formal.

Isso não significa, à evidência, que não seja preservado o direito de informar e à informação, amplamente reconhecidos pela Constituição Federal brasileira, bem como por todos os pactos internacionais de direitos humanos, mas tal direito não pode ser absoluto, pois, às vezes, sob a roupagem do direito de informar encontra-se o puro interesse pelo lucro na venda de mais jornais, mas notícias, etc., e não o efetivo interesse público (VIEIRA, 2003, *passim*).

O Estado deve proteger o particular contra invasões impróprias da mídia por meio de leis e providências efetivas (SAFFERLING, 2001, p. 171).

O princípio da publicidade é uma garantia democrática que enfatiza a independência do Judiciário (SAFFERLING, 2001, p. 226). Trata-se efetivamente de uma garantia contra a arbitrariedade, na medida em que tudo é realizado em público. Com efeito, referido princípio não é um direito apenas do acusado, mas também uma garantia da boa condução do

processo como um todo, bem como do público em uma sociedade democrática (Idem, p. 227). É pela publicidade que se garante: 1º) acesso do público aos julgamentos; 2º) pronunciamento do julgamento em público; e 3º) liberdade de informação da sociedade (SAFFERLING, 2001, p. 227).

Pode ainda ser indicado o caráter pedagógico que o processo exerce sobre a sociedade (Idem, 2001, p. 234).

Entretanto, há situações em que esse amplo acesso do público aos julgamentos, que muito bem faz ao sistema democrático e à sociedade como um todo, em alguns casos, tendo em vista os interesses específicos de alguns acusados, vítimas e testemunhas, pode levar a situações de injustiça com inevitáveis exposições excessivas desses autores, devendo então se proceder a um balanceamento de interesses para a proteção e o equilíbrio de ambos os valores (Idem, p. 234).

Esse equilíbrio, na realidade, já existe na própria legislação processual penal brasileira, como se vê do art. 792 do CPP:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Segundo Safferling, o público pode ser excluído somente nas seguintes situações: a) por questões morais; b) em razão da ordem pública; c) segurança nacional em um regime democrático; e d) interesses privados das partes; ou e) decisão estrita da corte em circunstâncias especiais, em que a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça (Idem, p. 228).

Assim, tais balizas devem ser utilizadas pelo juiz para assegurar ou não o acesso das partes ao processo, na medida em que as situações excepcionais acima indicadas reveladoras de interesses particulares que, para o caso específico, sobrelevam os interesses gerais do público pela informação.

Portanto, completando o que já havíamos dito antes em termos de análise do direito de informação pelos meios de comunicação e a publicidade, este não deve ser absoluto; ao contrário também deve encontrar em tais balizas limites a sua liberdade de buscar e oferecer informações.

O art. 64 (VII) do Estatuto de Roma prevê exceções ao princípio da publicidade, ao permitir que as sessões possam ser secretas, por exemplo, a fim de preservar o interesse do acusado, vítimas ou testemunhas.

Um ponto importante e que merece ser destacado sob a ótica do Direito Processual Penal brasileiro é o relativo à facilidade com a qual as partes têm acesso, no Brasil, a audiências particulares com os juízes, sem que haja um momento processual adequado e público para essas reuniões ou encontros. Além disso, é de se destacar a relativa falta de parâmetros éticos por parte de alguns desses profissionais quanto ao tratamento de assuntos concernentes a processos em andamentos, muitas vezes, em lugares privados e sem o controle do público em geral.

Assim, é de se aplaudir a adoção de um Código de Ética pelo Conselho Nacional de Justiça, que prevê exatamente a garantia de publicidade e de acesso da parte contrária em relação a audiências solicitadas pela outra parte, consoante se vê no art. 9º do mencionado Código⁴¹, pois ao dizer que não se entende como tratamento discriminatório injustificado a audiência concedida pelo juiz a uma das partes, desde que se assegure tratamento igualitário à outra, se solicitado, pressupõe alguma forma de comunicação quanto à audiência realizada pela outra parte, pois, do contrário, como poderia a outra parte solicitar audiência equivalente? Deve-se, pois, partir do pressuposto de qualquer audiência judicial deve, em regra, ser pública.

É preciso que se crie a cultura de que nada que se faz no processo pode ficar escondido ou apenas tratado em uma das partes. As únicas exceções à publicidade devem ser aquelas previstas em lei, nenhuma outra.

É interessante lembrar que o art. 6.1. Convenção Europeia de Direitos Humanos é explícita no sentido de limitar a publicidade dos julgamentos:

41 Conselho Nacional de Justiça.

Art. 6.1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

No caso *Alenet de Ribemont v France*, a Corte Europeia de Direitos Humanos enfatizou que o direito de informar o público, reconhecidamente protegido por normas internacionais, deve ser exercido com a discrição necessária, de modo a preservar a presunção de inocência⁴².

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em interpretação do art. 6, § 2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tem decidido que o princípio da presunção de inocência se aplica também às pessoas privadas, e sobretudo aos jornalistas, em virtude do chamado efeito horizontal da Convenção Europeia (LIMA, 2007, p. 184).

Antonio Cassese lembra também a influência da presunção de inocência na vedação aos excessos praticados em nome da publicidade (CASSESE, 2005, p. 391).

Duas situações foram estabelecidas pela Corte como violadoras do princípio da presunção de inocência: 1) a apresentação de uma pessoa como culpada antes de seu julgamento e condenação; e 2) o fato atribuir à pessoa processada o ônus da prova de sua inocência (LIMA, 2007, p. 184).

No julgado *Alenet de Ribemont*, estabeleceu-se que as autoridades podem informar o público sobre as investigações, mas com muita discrição e reserva a fim de preservar o respeito à presunção de inocência⁴³.

42 ECourHR *Alenet de Ribemont v France*, Judgment 10 February 1995.

43 Trata-se do caso em que o Sr. Alenet de Ribemont foi apresentado em uma conferência de imprensa pelo Ministro do Interior francês e por altas autoridades da polícia como um dos protagonistas

Ainda não se tem a exata definição de como o Tribunal Penal Internacional se posicionará quanto ao direito de informação por parte dos meios de comunicação e a preservação da presunção de inocência, por exemplo, sendo certo, contudo, ser grande a cobertura da imprensa internacional, quando se está diante de crimes internacionais, até diante da gravidade de tais crimes.

As providências visualizadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos certamente devem iluminar os diferentes países, bem como os tribunais internacionais e os países em geral a criarem leis específicas para o equilíbrio entre esses direitos díspares, quais sejam o de informar e o de preservar a presunção de inocência dos suspeitos ou acusados.

3.8 As prisões cautelares

As condições em que ocorrem as prisões cautelares no plano dos tribunais internacionais são bastante peculiares, uma vez contrastadas com a situação das justiças locais, mas, a rigor, os mesmos princípios governam a aplicação de tais medidas em ambos os sistemas.

No Direito brasileiro, existem vários tipos de prisões cautelares, a saber: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível⁴⁴.

Dois princípios basilares devem governar a aplicação da prisão do indiciado, a saber: o princípio da presunção de inocência e a eficiência na aplicação da lei penal. O primeiro está ligado ao instituto do justo processo, ou *fair trial*, que, como visto tem aplicabilidade também no plano internacional.

do assassinato do antigo Ministro Jean de Broglie. Seu processo é arquivado ainda na fase de instrução e ele tenta sem sucesso um processo diante da jurisdição administrativa e outro diante da jurisdição judiciária a fim de obter reparação pelos danos sofridos devido à violação ao seu direito à presunção de inocência. Ele obtém, por outro lado, ganho de causa diante da Corte Europeia de Direitos Humanos que constata uma violação ao artigo 6, §2º, da Convenção. Esta importante decisão da Corte de Estrasburgo apresenta, ao mesmo tempo, a questão da aplicabilidade do artigo 6, §2º, da Convenção, que consagra o princípio da presunção de inocência e a questão de sua aplicabilidade efetiva" (LIMA, 2007, p. 185)

44 Para um estudo mais aprofundado do tema ver *Dignidade da Pessoa Humana e Prisão Cautelar*. (GEMALQUE, 2006)

De início, é preciso salientar que o sistema dos países do Direito continental ou *Civil Law* é bastante diferente do existente nos países da *Common Law*, uma vez que nestes há um direito indiscutível à liberdade mediante fiança, sendo que apenas em situações excepcionais permanece o indiciado ou acusado preso, ao passo que naquele sistema a situação é diferente (SAFFERLING, 2001, p. 136).

Assim, conforme se verifica do Estatuto do Tribunal Internacional, neste âmbito a prisão cautelar inclina-se muito mais por uma preponderância do sistema do Direito continental do que da *Common Law*.

No âmbito internacional, a regulamentação da prisão cautelar inicia-se com o art. 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que estatui que a prisão só deve ser decretada se houver suspeitas de que o acusado não comparecerá a julgamento.

Não obstante essa redação que, a princípio, poderia fulminar todos os tipos de prisões cautelares em que não haja o perigo de evasão do acusado ou de destruição de provas pelo mesmo, verdade é que muitos dos sistemas nacionais, como no caso brasileiro, como também, por exemplo, no sistema germânico, preveem a prisão cautelar para hipóteses relacionadas à gravidade do crime (SAFFERLING, 2001, p. 138).

O art. 9º do citado Pacto Internacional prevê ainda que todo aquele que for detido terá direito de acesso a uma corte a fim de decidir sobre seus direitos, bem como de ser compensado em caso de prisão ilegal:

[...]

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 a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Reconhece ainda o art. 20 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, que toda pessoa presa tem direito a ser informada da razão de sua prisão e tem o direito de ser transferida para o Tribunal Internacional, ocasião em que caberá à corte verificar o respeito pelos direitos do preso.

O art. 55 (I), item “d”, do Estatuto de Roma, proíbe a prisão arbitrária, bem como o art. 58 (I), do Estatuto, permite a emissão, pelo juízo de instrução, de um mandado de detenção contra uma pessoa, presentes as condições previstas no item **b** do dispositivo, a saber:

a) garantir o seu comparecimento em tribunal; b) garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal; ou c) se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.

São esses os requisitos para a efetivação de uma prisão no âmbito do Tribunal Penal Internacional, e verifica-se que diferem um pouco dos requisitos previstos no Direito brasileiro. Com efeito, não há prisão para garantia da ordem pública, como previsto em nosso sistema, cuja falta de precisão semântica tem causado não poucos problemas na interpretação jurisprudencial; ao contrário, optou-se pela decretação da prisão para evitar que venha o investigado a praticar novos crimes ou crimes conexos da competência do tribunal e desde que tenha origem nas mesmas circunstâncias.

É de se ver, portanto, que ganha o sistema um conteúdo bastante garantista, o que se percebe, ao definir com precisão as hipóteses em que a reiteração criminosa poderá ser evitada à custa da restrição da liberdade do investigado.

Essa é a maior novidade em termos de prisão cautelar do Estatuto de Roma, pois não acolhe as denominações vagas e imprecisas de “ordem pública”, “periculosidade social”, para escolher critérios objetivos, consoante se verifica do art. 58 (I), item “b” acima.

As demais hipóteses, quais sejam para evitar a destruição de provas e para garantir o comparecimento do acusado ao julgamento, por suas semelhanças com o nosso sistema, não merecem destaque, mas apenas confirmam a correção de suas prisões em nosso sistema processual, como também em quase todos os modelos existentes atualmente.

Já a previsão da prisão para impedir que a pessoa continue a cometer crimes, desde que vinculados a mesma origem e as mesmas circunstâncias merece alguns comentários, uma vez que devem exercer indiscutível influência em nosso direito interno.

Com efeito, atualmente é muito comum a decretação de prisões preventivas fundamentadas no receio de que venha o investigado a praticar novos crimes, sendo a prisão necessária para evitar que torne a praticar os mesmos fatos cujas provas já se encontrariam no inquérito.

Percebe-se que em muitos casos essas provas referem-se a fatos praticados no passado, não havendo, salvo um raciocínio hipotético, bases conclusivas para inferir a renovação dessas práticas no futuro, fato este que justificaria a prisão para evitar a reiteração criminosa.

Outras vezes, a prisão é decretada tão somente tendo por base a gravidade do crime praticado ou em razão da pessoa que comete o crime, procurando-se, no conceito de ordem pública, de textura indiscutivelmente aberta, o fundamento para isso.

Ainda que a doutrina processual penal se esforce para consolidar esse entendimento, que é o mais adequado ao Estado democrático de Direito e ao devido processo legal, verdade é que a jurisprudência, salvo a interpretação constitucional hoje firmada pelo Supremo Tribunal Federal, tem oscilado muito neste particular, causando grande insegurança jurídica no sistema como um todo.

Cria-se, de fato, uma falsa expectativa de que a prisão cautelar resolverá o problema da criminalidade e de que o preso já estaria a receber a resposta estatal satisfatória, quando, na realidade, sabe-se de antemão que esta resposta estatal efetiva está muito longe de ser dada e de que as espalhafatosas prisões estão muito aquém deste desiderato final e necessário.

O grande responsável por isso é a dicção do termo “ordem pública”, o qual comporta diversas acepções semânticas, ao gosto do intérprete, sem um norte claro e objetivo a ser seguido, ainda que o STF já tenha decidido reiteradas vezes pela interpretação restritiva do termo, mas não tenha conseguido vincular, como seria de se esperar, os juízes e tribunais do país.

Oferece, assim, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em seu art. 58 (I), uma solução para o problema hermenêutico antevisto pelos elaboradores do Estatuto, e que pode servir como fonte secundária para a melhor interpretação da mencionada prisão preventiva para a garantia da ordem pública, bem como para eventuais alterações legislativas.

Observe-se que o anteprojeto sobre prisão, medidas cautelares e liberdade, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro, dispõe expressamente, como se vê de sua exposição de motivos e do art. 312, pela substituição do conceito vago de “garantia da ordem pública” e da “garantia da ordem econômica”, como motivos que autorizam a prisão preventiva, pela existência de fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira considerada grave, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução n. 87, de 15 de setembro de 2009, conforme se verifica do art. 1º, determina que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, fundamente quanto à concessão da liberdade provisória ou pela manutenção da prisão ou ainda pelo relaxamento da prisão ilegal.

Vê-se que deixa de ser cancelada a praxe de um mero despacho de expediente no sentido de “aguardar-se a vinda dos autos principais”, cabendo agora aos juízes uma manifestação precisa e fundamentada sobre as circunstâncias da prisão.

Retornando ao âmbito dos tribunais internacionais, uma característica, contudo, ínsita à natureza dos tribunais penais internacionais, como tem se visto no tribunal penal para a ex-Iugoslávia, Ruanda e no Tribunal Penal Internacional, é o fato de que, em regra, o investigado fica preso, permitindo-se sua prisão domiciliar se isso for aconselhável em matéria de saúde (SAFFERLING, 2001, p. 146). Isso ocorre, certamente, em razão das peculiaridades da Justiça Penal internacional, que ainda não está consolidada como as justiças ordinárias dos países, mas atua de forma meramente complementar e depende da cooperação desses países para sua efetivação.

Outro fator, com certeza, importante, é que os réus dos crimes internacionais sujeitos à competência desses tribunais, são, em regra, chefes de Estado ou de governo, bem como altos funcionários de governo, não sendo factível contar com a colaboração espontânea dos mesmos durante os julgamentos levados a cabo a muitos quilômetros de distância do país de origem.

Aponta, com efeito, Safferling, quatro fatores para que isso ocorra dessa forma: 1º) possibilidade maior de fuga; 2º) as provas são mais sensí-

veis a desaparecer; 3º) o tempo transcorrido pode prejudicar a produção probatória; e 4º) prevenção a futuros crimes⁴⁵.

No mesmo sentido, para William Schabas: 1º) gravidade dos crimes e severidade das penas; 2º) soltura durante os julgamentos iria criar uma sensação de fragilidade diante do público em geral e das vítimas; 3º) a corte não possui mecanismos de polícia própria (SCHABAS, 2004, p. 137).

Assim, a prisão cautelar, nessas circunstâncias, é medida que se impõe no âmbito desses tribunais, mas não afasta o arcabouço normativo avançado criado pelo Estatuto de Roma, apenas amolda-o às realidades da Justiça Penal internacional, ainda incipiente.

Interessante ainda observar que os tribunais penais internacionais são ciosos em observar as regras de tratamento da ONU para presos em geral, pois a presunção de inocência deve ser observada em todos os casos, a dignidade dos prisioneiros deve ser respeitada e nenhuma forma de discriminação é tolerada (SAFFERLING, 2001, p. 147).

Interessante ainda que se saliente, conforme acentua William Schabas, que uma pessoa que tenha sido detida ilegalmente tem direito a uma indenização, consoante art. 85 (1) do Estatuto de Roma, regra esta que vai além do que exigem as regras internacionais de direitos humanos, que só a admitem em situações de extrema gravidade (SCHABAS, 2004, p. 136). No julgamento *Barayagwiza v. Prosecutor*, o Tribunal Penal Internacional de Ruanda teve oportunidade de decidir que se uma pessoa é absolvida tem direito a uma compensação financeira⁴⁶.

A Corte Europeia de Direitos Humanos trouxe três novas disposições quanto à interpretação do art. 5º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em matéria de prisão, segundo José Antonio Farah Lopes de Lima:

45 Aponta ainda Safferling, em interessante passagem, que a prevenção a futuros crimes ainda é uma grande falácia no direito internacional, lembrando que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia foi criado efetivamente apenas dois anos do início da guerra, bem como os acordos de cessar-fogo, as comissões de paz e anistias políticas afastam, na maior parte das vezes, a possibilidade pela punição desses crimes. Sustenta, portanto, a necessidade de assegurar um tratamento igualitário entre acusados por crimes nacionais e acusados por crimes internacionais. (SAFFERLING, 2001, p. 144-145).

46 *Barayagwiza v. Prosecutor* (Case No. ICTR-97-19-AR72), Decisions of 3 November 1999 and 31 March 2000.

1) Além do aspecto fático, a existência de razões plausíveis de suspeita do cometimento de uma infração, no sentido do artigo 5, § 1, c, exige que os fatos invocados possam de forma razoável ser considerados como tipificados em um das seções do Código Penal, tratando de comportamento criminal (Wlock c/Polônia, 19 de outubro de 2000, § 109); 2) que toda detenção excedendo alguns meses deva ser ordenada por um juiz ou por uma pessoa autorizada a exercer o poder judiciário, mesmo se esta exigência não está expressa no artigo 5, § 1º (Baranwsk c/Polônia, 28 de março de 2000, § 57); 3) que a detenção de um indivíduo é uma medida de tal gravidade que ela só encontra justificativa se outras medidas menos severas foram estudadas e consideradas insuficientes para a salvaguarda do indivíduo e da ordem pública (Witold Ltwa c/Polônia, § 78). (LIMA, 2007, p. 136)

Assim, portanto, resulta claro que a prisão cautelar é uma exceção, pois a regra é a prisão definitiva, após o transcurso do processo, com ampla produção de provas que confirme as suspeitas iniciais e com o respeito ao devido processo legal. Isto porque é de fundamental importância o respeito ao princípio da presunção de inocência, de reconhecida aplicação internacional.

Conforme tivemos oportunidade de acentuar (GEMAQUE, 2006, *passim*), deve ser preservado um núcleo essencial de direitos em matéria de prisão cautelar, sendo que este núcleo encontra no princípio da dignidade da pessoa humana seu sustentáculo normativo universal, quando outros instrumentos legais forem omissos ou ineficientes para a preservação do núcleo.

Referido núcleo essencial, pode-se dizer assim, seria uma verdadeira norma costumeira internacional, na medida em que de aplicação universal e cogente, está prevista em diversos pactos internacionais.

Necessária, pois, a influência dessas normas internacionais no Direito Processual Penal brasileiro, em que a discussão existe e é importante, tendo em vista o princípio da presunção de inocência e a possibilidade de colmatação do direito interno por normas internacionais.

3.9 Produção probatória

As regras de prova têm dois objetivos básicos: 1º) a busca da verdade; e 2º) a proteção dos valores fundamentais da comunidade, tais como a privacidade e a dignidade (SAFFERLING, 2001, p. 292; SCHABAS,

2004, p. 151), sendo que sua disciplina pelo Tribunal Penal Internacional poderá servir a longo prazo como paradigma para todos os estados nacionais quanto ao modo como devem proceder em matéria de prova penal (SAFFERLING, 2001, p. 293).

Um exemplo interessante e que bem demonstra a importância da disciplina da prova no Processo Penal dos tribunais internacionais e das nações em geral é a prova por “ouvir dizer” ou *hearsay* (Idem, 2001, p. 293).

Excluída do sistema da *Common Law*, visto que o testemunho em que se baseou a testemunha que “ouviu dizer” não pode ser submetido ao contraditório, tem sido admitida com maior facilidade no sistema continental (Idem, 2001, p. 293).

Como o Tribunal Penal Internacional terá de lidar com diferentes sistemas de processo e que eventualmente podem, em determinado caso, violar regras de direitos humanos, emerge a importância de uma disciplina das provas por parte da corte para definir não apenas como se dá a produção probatória no âmbito do tribunal, como também nos Estados (Idem, 2001, p. 293).

Assim, havendo um mesmo patamar de observância das garantias dos envolvidos pelo Tribunal Penal Internacional como pelos países, em verdadeira harmonização de sistemas, o que, por ora, ainda é algo utópico, criar-se-á aquilo que já mencionamos, conforme o pensamento de Mirelle Delmas-Marty, um espaço normativo único.

Nesse sentido, é bastante interessante a regra 95 ou *Rule 95* do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, segundo a qual não é admissível nenhuma prova que tenha sido obtida por métodos questionáveis ou antiéticos (Idem, 2001, p. 294). Assim, provas que tenham sido obtidas mediante sérias violações às regras de direitos humanos não podem ser admitidas nos julgamentos.

O art. 69 (VII) do Estatuto de Roma estatui, por outro lado, que qualquer prova obtida mediante violação ao próprio Estatuto ou a normas internacionais de direitos humanos deve ser afastada, desde que: a) a violação crie uma desconfiança substancial quanto à credibilidade da prova; e b) sua admissão possa causar sérios prejuízos à integridade do processo como um todo (SAFFERLING, 2001, p. 296). Trata-se de indiscutível regra de compromisso entre os Estados-membros e o tribunal, quanto à ad-

missibilidade por aqueles de provas eventualmente não admissíveis pelo tribunal (Idem, 2001, p. 296).

Estabeleceu ainda a Corte de Estrasburgo alguns critérios para verificar se os direitos dos acusados estão sendo observados: 1º) deve haver uma defesa própria; 2º) a condenação não pode se basear em uma evidência problemática isolada; e 3º) nenhuma prova pode estar baseada em indevida pressão (Idem, 2004, p. 296). Assim, são importantes parâmetros para que se observe se os tribunais penais internacionais e os Estados-membros estão observando as regras de direitos humanos.

É importante, assim, que os Estados implementem legislações que observem as normas garantistas do Estatuto de Roma e sigam o padrão universal estabelecido pelas cortes de direitos humanos.

Por outro lado, as regras de prova existentes no Tribunal Penal Internacional exercerão forte influência no direito interno dos países, a fim de que os sistemas de direito interno se ajustem à realidade operante no Tribunal Penal Internacional, na medida em que tenham que implementar diligências de entrega, de produção de prova testemunhal, perícias em geral etc., funcionando, pois, como verdadeiro órgão de supervisão durante a investigação em todos os Estados (Idem, 2001, p. 293). Nada mais é do que novamente o primeiro fenômeno de que falávamos antes, ou seja, da dupla influência do Tribunal Penal Internacional no direito interno dos países, seja tendo em vista a cooperação dos Estados-membros para com o tribunal, seja pela implementação de parâmetros além dos quais não devem os Estados ir.

Neste ponto, talvez seja interessante tratar de alguns casos especiais e que refletem bem as características do Processo Penal levado a cabo no Tribunal Penal Internacional e as possíveis influências no âmbito interno dos diferentes estados.

Uma das características singulares do modelo oriundo do Tribunal Penal Internacional é a elaboração de regras que contrabalançam a eficiência da justiça internacional com a proteção dos inocentes contra julgamentos injustos, sem embargo de proteger as vítimas e testemunhas (SAFFERLING, 2001, p. 364). Algumas consequências diferentes do sistema interno dos países decorrem desse princípio.

Pode-se ainda dizer que existem quatro elementos, em matéria de prova, que dão legitimidade ao Processo Penal internacional, a saber: 1º)

ele deve proteger o devido processo legal quanto aos direitos do acusado; 2º) deve refletir aspectos do processo criminal que sejam aceitáveis pela maioria dos sistemas legais do mundo; 3º) deve respeitar o direito à soberania dos diferentes estados, enquanto entes independentes; e 4º) deve procurar respeitar também os direitos das vítimas e testemunhas (SAFFERLING, 2001, p. 364).

Uma corte internacional, na linha do que dispunha o art. 19 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, deve assegurar, em matéria de prova, uma disciplina que considere que não existem jurados em uma corte internacional, mas sim juízes profissionais e, portanto, habilitados a avaliar o valor probatório de cada peça de prova e que as regras de prova no âmbito internacional devem assegurar um julgamento justo e o mais célere possível (CASSESE, 2005, p. 423).

Nos julgamentos internacionais, é aceito, ainda, que as provas devem conduzir o juiz a um convencimento além da dúvida razoável ou *beyond a reasonable doubt*⁴⁷, consoante previsão do art. 66 (3) do Estatuto de Roma, evitando-se ainda todos os procedimentos probatórios que sejam contrários aos padrões internacionais de direitos humanos, como no caso de testemunhas que tenham sido submetidas a tratamentos desumanos ou de provas obtidas por métodos duvidosos (CASSESE, 2005, p. 422).

Considerando a importância que ambos os temas possuem em relação à produção probatória, destacam-se a prova testemunhal e a busca e apreensão, que serão examinados a seguir.

3.9.1 Prova testemunhal

No Processo Penal tanto no âmbito internacional, como no plano interno dos países, a prova por excelência produzida é a testemunhal, daí a importância de seu estudo e compreensão, bem como das eventuais influências do que se está a realizar no âmbito internacional.

A jurisprudência que derivará dos julgados do Tribunal Penal Internacional certamente permitirá uma análise de como o Estatuto deste Tri-

47 Conforme acentua William Schabas (2004, p. 155), as palavras são mais conhecidas dos países que se filiam ao sistema da *common law*, ao contrário dos países do sistema continental, ligados ao princípio da íntima convicção.

bunal e suas regras de prova e procedimento contribuem à criação de um *Standard* mínimo de garantias processuais na produção de provas.

No que diz respeito às características da prova testemunhal, o seu valor decorre da idoneidade da testemunha, na medida em que se trata de um terceiro, estranho aos fatos em causa e que, por isso, pode prestar uma contribuição à justiça, sobre o que sabe.

Daí, exatamente, por se tratar de um terceiro estranho à relação processual, que se diz que a testemunha deve ser idônea a fim de que suas declarações possam ser levadas em consideração como prova.

Dentre as inúmeras questões que se colocam sobre a prova testemunhal, algumas, ao nosso sentir, sobrelevam em importância no que tange às influências da Justiça Penal internacional sobre o Processo Penal interno.

Uma primeira questão importante refere-se à presença da testemunha em audiência, pois algumas decisões de cortes internacionais têm decidido pela admissibilidade de tal situação, conforme determinadas situações específicas.

Tal assunto diz respeito direto ao princípio da ampla defesa, na medida em que evidentemente a ausência da testemunha na audiência de instrução e julgamento dificulta o pleno exercício das prerrogativas de tal direito.

É preciso, pois, definir se é possível isto e, em segundo lugar, definir, uma vez admitido isso, em que circunstância essa prova pode ser realizada dessa maneira.

Nesse sentido, é possível usar como parâmetro o disposto no art. 14 (III), "e", do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que define que todo suspeito ou acusado tem o direito ao contraditório em relação a toda testemunha que contra o mesmo preste declarações.

Portanto, esse direito básico há de ser considerado, não importa qual seja a forma de se proceder à oitiva da testemunha.

Algumas contemporizações ao acima disposto podem ser feitas em situações em que a testemunha foi ameaçada pelo acusado ou suspeito (SAFFERLING, 2001, p. 279).

Aponta Safferling algumas soluções para isso. Em primeiro lugar, a testemunha poderia ser ouvida antes, por um juiz e seu depoimento ser gravado a fim de ser usado como prova. Em uma segunda situação,

a identidade da testemunha deveria ser escondida das partes, mas não do advogado do acusado, permitindo-se assim o exercício do contraditório e da ampla defesa. Em terceiro lugar, a testemunha poderia ser ouvida a distância por videoconferência (Idem, p. 280). Em quarto lugar, a testemunha poderia ter sua segurança garantida pelo tribunal ou pelo Estado.

De todos os métodos, o menos factível é o quarto, na medida em que implicaria muitos gastos e duvidosa eficácia, pois dificilmente eliminaria todas as situações de riscos à testemunha.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, a partir do caso *Tadic*, estabeleceu alguns parâmetros, segundo os quais se pode proceder ao testemunho oculto, ou seja, em que a identidade da testemunha não é revelada. Em primeiro lugar, segundo se estabeleceu, deve haver um medo baseado na crueldade do crime (Idem, p. 282). Em segundo, o promotor deve comprovar a importância do depoimento. Em terceiro lugar, a testemunha deve ser absolutamente confiável. Em quarto, o esquema de proteção do tribunal deve ser ineficiente (Idem, p. 282). Em quinto lugar, o juiz deve saber a identidade da testemunha para poder avaliar a sua credibilidade e, por fim, deve a defesa poder questionar a testemunha sobre assuntos alheios à sua identidade.

Tais situações foram admitidas em casos excepcionais, uma vez que marcados pela tônica de serem crimes sexuais gravíssimos, mas, mesmo assim, muita crítica foi feita no sentido de que tais depoimentos feririam o justo processo.

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem decidido que a testemunha anônima deva ser confrontada diretamente pela defesa, ao menos por intermédio do advogado, sugerindo inclusive técnicas de maquiagem para permitir esta confrontação e respeitando o anonimato da testemunha (LIMA, 2007, p. 176). Outro aspecto relevante para a Corte Europeia quanto à admissibilidade de tal meio de prova é o fato de que não deve ser determinante para a condenação. Em outras palavras, uma condenação não pode se basear unicamente, nem de uma maneira determinante, sobre as declarações anônimas (LIMA, 2007, p. 176).

Servem ainda como parâmetro ao Direito interno dos países, não para que sirvam de exemplo pura e simplesmente, mas para que sejam

um limite até aonde pode ir a restrição aos direitos dos acusados, tendo em vista a gravidade dos fatos e o equilíbrio buscado entre garantismo e eficiência, na medida em que os fatos julgados pelas cortes penais internacionais, dada sua gravidade indiscutível e que atingem a humanidade como um todo, merecem, em algumas situações excepcionais, remédios eficazes e também excepcionais. Outra questão importante em relação a esse tipo de prova refere-se à maneira pela qual é a testemunha examinada. Uma das formas de oitiva da testemunha é o do exame cruzado ou do *cross examination*, que surge no sistema acusatório puro, em que toda a prova é destinada ao conhecimento de um júri, não de um juiz técnico (SAFFERLING, 2001, p. 286).

O sistema do *cross examination* tem sido aplicado nos julgamentos dos tribunais internacionais, tratando-se de evidente influência do sistema acusatório, próprio da *Common Law* e que por sua superioridade como meio de obtenção da verdade, que resulta do debate das partes, tem demonstrado seu valor, tanto nos tribunais internacionais, como na justiça interna dos países.

Por esse sistema, ao promotor e à defesa são permitidos questionamentos diretos à testemunha e que possam causar dúvida quanto à admissibilidade e credibilidade da mesma (CASSESE, 2005, p. 419).

Frise-se ser preciso combinar tal sistema com a atenção ao papel do juiz, ínsito ao sistema inquisitorial, em que há maior emprego de suas energias na busca da prova, devendo-se permitir, de início, que a prova seja apresentada pelas partes, seguindo-se esclarecimentos adicionais pelos juízes (SAFFERLING, 2001, p. 286).

Assim, um sistema que combine o sistema “adversarial” e o sistema inquisitório, em que há uma ativa participação do juiz, pode ser compatível com os direitos humanos, contribuindo para a proteção da outra parte envolvida no julgamento e evitando situações de injustiça, e servir aos objetivos do Tribunal Penal Internacional (SAFFERLING, 2001, p. 288), bem como às justiças nacionais dos países.

Nos tribunais penais internacionais tem sido acentuado o poder dos juízes de dirigir os depoimentos das testemunhas, no interesse da justiça e do justo processo, podendo objetar questões específicas colocadas pelo promotor ou pela defesa, bem como decidir quais as

medidas a serem adotadas para permitir o depoimento de testemunhas vulneráveis, garantindo ainda a maneira de questionamentos às testemunhas, de modo a impedir a intimidação da mesma (CASSESE, 2005, p. 420).

Cria-se, pois, um sistema baseado no *cross examination*, mas não em seu sentido puro, na medida em que permite ao juiz amplos poderes de controle (SCHABAS, 2004, p. 152).

Na recente reforma processual inserida no Brasil, e que trouxe o *cross examination* ao Processo Penal brasileiro, certamente o perfil de um juiz que controle também todo o processo deve ser buscado, podendo, destarte, servir o modelo internacional como parâmetro a esse objetivo.

Outra situação importante e que tem sido enfatizada pelos tribunais penais internacionais é o direito que tem a parte de chamar testemunhas e fazer com que as mesmas sejam ouvidas efetivamente no tribunal. Tal direito decorre do art. 14 (III) do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e provoca, pelo menos, três consequências diretas nos processos: O juiz deve justificar a recusa em deferir a oitiva da testemunha apresentada pela defesa, a tecnologia utilizada para a oitiva da testemunha, por exemplo, por videoconferência, tem que garantir uma fidedignidade, a maior possível ao depoimento; e a testemunha tem o direito de ter suas despesas de deslocamento pagas pela corte, a fim de que não seja financeiramente penalizada (SAFFERLING, 2001, p. 289-290).

Há ainda o direito de o acusado estar presente ao julgamento e, por consequência, confrontar as testemunhas, constituindo um aspecto do princípio do contraditório, que recomenda que todos os elementos de prova, do qual a prova testemunhal faz parte, devem ser produzidos na presença do acusado, em audiência pública, possibilitando o debate contraditório, segundo tem decidido a Corte Europeia de Direitos Humanos (LIMA, 2007, p. 173).

Essas linhas gerais têm sido seguidas pelo Tribunal Penal Internacional, a partir da disposição do art. 43 do Estatuto de Roma, de suas regras de prova e das decisões da Corte (SAFFERLING, 2001, p. 291).

São também importantes paradigmas para o direito interno, principalmente quando se discute reformas processuais para tornar a Justiça Penal mais eficiente no combate ao crime, sem descurar dos direitos e garantias individuais.

3.9.2 A busca e apreensão

Alguns pontos importantes podem ainda ser destacados, por exemplo, em matéria de busca e apreensão, em que mais intensamente são violados os direitos individuais em matéria probatória.

Trata-se de um dos mais invasivos meios de prova existentes e que está diretamente relacionado ao direito à privacidade. Assim, é necessário delimitar o âmbito em que o Estado pode lançar mão da busca e apreensão para a obtenção de provas, hipóteses em que se admite excepcionalmente a exclusão do direito à privacidade em nome do interesse público.

A Justiça Penal internacional pode oferecer interessante disciplina e instrumentos, os quais além de melhor discipliná-la no âmbito internacional dos tribunais penais internacionais, oferece preciosos subsídios para a disciplina e estudo do instituto no direito interno.

O art. 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos, em seu inc. II, define bem as hipóteses em que poderá ocorrer a interferência da autoridade pública na esfera de privacidade do indivíduo, estabelecendo a segurança nacional, a prevenção de crimes, a proteção à saúde e a proteção dos direitos e liberdades dos outros.

Não obstante a definição desses parâmetros, que também ocorrem no Direito interno brasileiro, verdade é que são normas gerais e sem precisão semântica, a depender da interpretação judicial para amoldá-la à realidade.

Muito se discute, por exemplo, no Direito brasileiro, sobre o que se deve considerar como vida privada para fins de delimitação da busca e apreensão. Discute-se, por exemplo, se o local de trabalho poderia a essa esfera mais íntima ser enquadrado.

Neste particular, por exemplo, entendeu a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Niemitz v Germany*, uma vez que a proteção à vida privada envolve a proteção a relações com o mundo exterior, abrangendo, portanto, as relações de trabalho⁴⁸.

No Estatuto de Roma está definido que a Câmara de Prejulgamento (art. 56) é que autoriza o promotor a promover medidas de busca e

48 ECourtHR *Niemitz v Germany*, Judgment 16 December 1992.

apreensão, lembrando-se que sempre essas medidas dependerão da cooperação dos Estados envolvidos, palco das diligências necessárias (SAFFERLING, 2001, p. 161).

Ainda que a busca diga respeito à privacidade e a apreensão esteja relacionada ao direito de propriedade (SAFFERLING, 2001, p. 160), o que poderia sugerir um maior apego ao garantismo apenas em relação à busca, a apreensão também exige delimitações garantistas, de modo a evitar abusos.

Inúmeros objetos podem ser apreendidos, dentre aqueles objetos da prática ilícita ou utilizados como instrumento da mesma até outros objetos de propriedade ou na posse do suspeito, sobre os quais haja alguma suspeita de ilicitude também.

O que tem restado estabelecido, sob uma ótica de direitos humanos, é que a busca deve estar formalmente autorizada no mandado, sendo que a acusação deve ter certeza razoável de que a propriedade ou posse apreendida deverá importar para a investigação e de que, sem a apreensão, não será acessível ao processo (SAFFERLING, 2001, p. 162).

As orientações do Estatuto de Roma para as medidas de apreensão são as mesmas da busca, sem especificações.

3.10 A fase de confirmação da acusação

É de grande importância a fase de confirmação do julgamento, que medeia a fase de investigação e a do processo e julgamento propriamente dito, em que se permite ao investigado o exercício do direito de contraposição ao que foi produzido pela acusação, mediante oposição dialética.

É após essa confirmação da acusação, que o suspeito adquire o *status* de acusado (CASSESE, 2005, p. 415).

Ao contrário do que vulgarmente se pensa, essa fase longe está de procrastinar a marcha processual, ao contrário, imprime celeridade ao processo, pois permite que a máquina judiciária possa dedicar-se a assuntos importantes em que haja suficiente material probatório para a realização razoavelmente bem sucedida do processo, não se preocupando com processo já fadado a um determinado desfecho, previamente já definido.

Antonio Scarance Fernandes observa que, desde tempos remotos, os diferentes povos estabeleceram formas de controle da acusação, inclusive mediante a punição do acusador particular pela prática de crime de calúnia em casos de absolvição, uma vez comprovada a temeridade processual (FERNANDES, 2005, p. 105).

Assim foi em Roma (GOMES FILHO, 1981, p. 11), bem como em outros sistemas.

O Processo Penal brasileiro não previa uma fase específica para o exercício do controle da acusação, a não ser nos crimes praticados por funcionários públicos, em que há a chamada defesa preliminar.

Conforme observa Antonio Scarance Fernandes:

Em conclusão, no Direito brasileiro houve simplesmente a supressão da fase intermediária na maioria dos procedimentos, como reação às deficiências do sumário de culpa. Não se realizou, até hoje, mudança como a ocorrida nas legislações européias, que transitaram de uma fase de instrução provisória, de natureza inquisitorial, durante a qual o juiz atuava como investigador, colhendo elementos contra o imputado, para uma fase intermediária de perfil garantista, voltada a propiciar reação do acusado à imputação e evitar o seguimento de acusações injustas (FERNANDES, 2005, p. 129).

Interessante a forma como o Estatuto de Roma disciplinou a questão do controle da acusação no âmbito dos processos por crimes internacionais de sua competência.

Com efeito, prevê o art. 61, item 1, do Estatuto, a realização de uma breve audiência para esses fins:

1. Salvo o disposto no parágrafo 2º, e em um prazo razoável após a entrega da pessoa ao Tribunal ou ao seu comparecimento voluntário perante este, o Juízo de Instrução realizará uma audiência para apreciar os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento. A audiência ocorrerá lugar na presença do Procurador e do acusado, assim como do defensor deste.

Nesta audiência de confirmação, prevê o item 5, a produção de provas pelo procurador e o item 6, pela defesa.

Uma vez confirmada a acusação, a Câmara de Prejulgamento submeterá o caso a julgamento se as provas forem suficientes para acreditar-se

que o acusado praticou os crimes, podendo, na hipótese de insuficiência das provas, não confirmar a acusação, como preveem os itens 7, “a” e 7, “b”, do art. 61 do Estatuto.

A disciplina do controle da acusação no Tribunal Penal Internacional, conforme acentua Antonio Scarance Fernandes, revela a importância dessa fase do processo a fim de evitar uma acusação infundada, permitindo-se, ainda, de forma salutar, a participação de ambas as partes na audiência para este fim (FERNANDES, 2005, p. 130).

Sem dúvida, o controle da acusação conforme previsto no Estatuto de Roma, sinônimo da síntese dos diferentes sistemas processuais, tanto da *Common Law*, quanto da *Civil Law*, sem dúvida alguma, ilumina os sistemas nacionais, a fim de que também se ajustem à premência de efetivar um controle da acusação penal.

Andou bem o legislador brasileiro, ao prever com a recente reforma do Código de Processo Penal, a partir da Lei n. 11.719, de 20/06/2008, que introduziu uma oportunidade preliminar de a defesa contrapor-se à acusação, podendo resultar inclusive na absolvição sumária do denunciado, conforme previsto no art. 397 do CPP.

3.11 Sentença, apelação e revisão

No Tribunal Penal Internacional, as penas não estão previamente estabelecidas em quantidades fixas, sendo que apenas a pena de morte encontra-se proibida (CASSESE, 2005, p. 427).

Para proceder ao sentenciamento, a Câmara de Julgamento deve avaliar as provas apresentadas, bem como os fatores agravantes e atenuantes do caso, como o comportamento do acusado com as vítimas, por exemplo, consoante prevê o art. 76 (1) do Estatuto de Roma (SCHABAS, 2004, p. 151).

Sempre que preciso, deverá a corte proceder a novas oitivas do acusado ou de testemunhas que se fizerem necessárias, conforme preceitua o art. 76 (3) do Estatuto, o que não é praxe de nosso sistema, em que os julgamentos, em grau de recurso, cingem-se a aspectos em que a análise deflue pura e simplesmente da análise da documentação produzida e juntada aos autos.

As penalidades são aquelas previstas no art. 77 do Estatuto, a saber: prisão por período determinado de anos, que não excederá a trinta anos; prisão perpétua, quando justificar a extrema gravidade do crime e circunstâncias pessoais da pessoa envolvida; uma multa e confisco de bens e proventos diretos ou indiretos do crime, sem prejuízo dos terceiros de boa-fé.

Uma característica importante dos julgamentos levados a efeito nos tribunais internacionais é o fato de que se busca um julgamento unânime, sendo que apenas quando isso não for possível, diante da divergência de um ou mais julgador, é que se profere a decisão por maioria de votos, com a apresentação do voto ou votos divergentes (SCHABAS, 2004, p. 160).

A apelação é um direito humano fundamental (CASSESE, 2005, p. 430) e, como tal, encontra previsão no Estatuto de Roma nos arts. 81, 82 e 83.

Encontram-se ali previstas tanto apelação de decisões definitivas, por erro processual, erro de fato e erro de direito, como apelações de outras decisões não definitivas, como as que digam respeito à jurisdição e admissibilidade, que garantam ou impeçam pessoas de serem investigadas etc.

Uma característica interessante, consoante lembra William Schabas, é que estabelecida a decisão de condenação, não usufrui mais o condenado o benefício da presunção de inocência e o direito a liberdade provisória já não mais existe (SCHABAS, 2004, p. 159).

Este é o entendimento, apesar da redação do art. 66 do Estatuto de Roma: “Artigo 66.º Presunção de inocência I - Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.”

A situação no Direito brasileiro é diferente, pois aqui se fala em presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Por fim, o art. 84 prevê a hipótese de revisão da sentença, nas clássicas hipóteses de erro de julgamento, quando novas provas forem apresentadas, ou que as provas antigas eram falsas, prova de má conduta de um dos julgadores (CASSESE, 2005, p. 435).

A partir do momento em que sentenças forem proferidas em relação a acusados brasileiros, poder-se-á falar em influência no plano interno do que ocorre no TPI, na medida em que as decisões ali tomadas terão pela eficácia, devendo ser aplicadas neste âmbito.

3.12 A execução da pena

A principal característica da punição e execução das penas, perante o Tribunal Penal Internacional, é o fato de que detém um local próprio para a execução das penas, dependendo da cooperação dos Estados para este fim (CASSESE, 2005, p. 436).

Neste sentido é o disposto no art. 103 (1) (a) do Estatuto de Roma, o qual prevê que a sentença de prisão deve ser cumprida no Estado designado pela corte de uma lista de Estados indicados e que aceitaram receber referidas pessoas.

A prisão dos sentenciados deve seguir as normas internacionais de proteção aos detentos, segundo os *standards* de direitos humanos reconhecidos internacionalmente (CASSESE, 2005, p. 436), conforme previsto no art. 106 (2) do Estatuto, conforme as regras mínimas de tratamento para presos da ONU.

Em relação à redução ou comutação das penas, existe uma regra importante e que outorga ao Tribunal Penal Internacional e não ao Estado que aceitou o detento, o poder neste sentido, conforme art. 110 (1) e (2) do Estatuto.

Um problema interessante surge, segundo observa Cassese, quando existe um conflito entre a legislação estatal mais favorável ao detento e as recomendações do Tribunal Penal Internacional, sendo que, em um acordo entre o Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia e a Itália, de 6 de fevereiro de 1997, restou decidido que, havendo norma estatal mais favorável ao direito do detento, deve o ministro da Justiça local notificar o presidente do Tribunal Penal Internacional para que a corte então decida pela aceitação das condições internas do Estado e mais favoráveis ao detento ou determine a transferência deste para o próprio Tribunal ou então para um outro Estado (CASSESE, 2005, p. 437).

Afirma o autor que a preocupação do Estado é importante, na medida em que tratamento diferenciado e prejudicial a um detento de um tribunal internacional, equivaleria a um tratamento desigual a presos submetidos a condições semelhantes (CASSESE, 2005, p. 437).

Certamente trata-se de precedente importante e de grande relevância e que servirá como norte para o Tribunal Penal Internacional, até por-

que o art. 104 do Estatuto de Roma prevê que a qualquer tempo a corte pode determinar a transferência do sentenciado de um para outro Estado.

O perdão e a comutação das penas, ainda que não conte com norma específica no Estatuto de Roma, seguindo-se a orientação já estabelecida no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, deve ficar sob o crivo da própria corte, que a esse respeito deverá ser consultado pelo seu presidente (CASSESE, 2005, p. 438).

Toda a supervisão da prisão, conforme lembra Cassese, deve ficar sob o crivo do Tribunal Internacional, o qual evidentemente poderá solicitar todo o tipo de informação que se faça necessária (CASSESE, 2005, p. 438).

São influências importantes no plano da execução da pena de eventuais presos de sentenças do Tribunal Penal Internacional, sem esquecer ainda que os *standards* da ONU nessa matéria, aplicáveis ao TPI, devem também ser aplicados no país.

A maneira pela qual são os detentos dos tribunais penais internacionais tratados, a partir dos parâmetros garantistas existentes no plano internacional, são importantes balizas para a aplicação das normas de execução penal no Direito Processual Penal brasileiro.

Recente mutirão carcerário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no País, detectou inúmeras irregularidades que colocam o Brasil entre os piores países do mundo em matéria de tratamento de seus presos. Assim, todos os exemplos internacionais, principalmente os advindos do TPI, em que o país é signatário, são importantes paradigmas na solução dos problemas carcerários em geral.

Conclusão

1) No plano internacional, a evolução institucional acontece em moldes similares ao que ocorre no âmbito interno dos países.

2) O fortalecimento da tutela penal no âmbito internacional ocorre a partir de advento e fim da II Guerra Mundial, com a necessidade de punição dos crimes internacionais praticados por ocasião do conflito armado e que resultaram na morte de milhões de civis. Assim é que são criados os Tribunais Penais Internacionais de Nuremberg e de Tóquio, para o julgamento e punição dos criminosos internacionais.

3) A partir da implantação e efetiva atuação desses tribunais, apesar de terem sido criados pelos vencedores e após a prática dos fatos delituosos, foram importantes as consequências para o surgimento de uma conscientização internacional pela necessidade de punição dos crimes internacionais e definição de um paradigma mínimo para o processamento e julgamento de tais delitos.

4) A forma pela qual ocorreram os julgamentos em Nuremberg serviu também como paradigma para os julgamentos nos tribunais penais internacionais que se seguiram, tais como os da ex-Iugoslávia, de Ruanda e o Tribunal Penal Internacional.

5) Para efeito de exercício da tutela penal no âmbito internacional para a punição de crimes internacionais, estrutura-se um novo ramo de direito, isto é, o Direito Penal Internacional ou um sistema definido por Zilli como:

[...] um sistema jurídico penal supranacional, representado por um conjunto de princípios e regras – positivadas e consuetudinárias – descritivos das infrações penais internacionais e impositivos das respectivas sanções, delimitando dessa forma uma responsabilidade individual, em nível internacional, independente, em princípio, da nacionalidade do agente, bem como do local da consumação (ZILLI, 2006, p. 63).

6) Destacam-se, ainda, neste âmbito, normas processuais penais, que são consideradas como um Direito Processual Penal Internacional ou “os instrumentos e mecanismos criados para viabilizar a imposição, no plano internacional, das sanções correspondentes à prática de crimes internacionais” (ZILLI, 2006, p. 66).

7) Observa-se também, no plano do Direito Penal e Processual Penal Internacional uma influência tanto do sistema jurídico da *Common Law* e da *Civil Law*, consideradas as culturas dos diferentes países que exercem influência nos tribunais penais internacionais e Cortes Internacionais de Direitos Humanos, bem como em outros espaços normativos internacionais.

8) É importante o estudo do garantismo e da eficiência em relação a qualquer fenômeno processual penal, na medida em que são esses os núcleos sob os quais oscila esse ramo do direito.

9) Assim, algumas influências de normas penais internacionais acontecem no plano da eficiência e outras no plano do garantismo. Na primeira

hipótese, quando se estiver a exigir uma maior repressão a determinados fatos criminosos e a segunda, quando houver necessidade de melhor salvaguarda dos direitos e garantias individuais.

10) Compreende-se como normas processuais penais internacionais não apenas aquelas oriundas dos tribunais penais internacionais, mas também as constantes em tratados internacionais e que podem exercer influências, no direito interno brasileiro, garantistas ou eficientistas.

11) Ainda se está em um estágio embrionário de evolução da Justiça Penal internacional, o que também faz com que a influência das normas penais internacionais no âmbito interno ainda não aconteça de forma plena.

12) Entretanto, ela é necessária porque já existe um paradigma internacional em matéria de direitos humanos e garantias, seja diante das normas oriundas dos tribunais penais internacionais, seja pelas oriundas das Cortes Europeia e Americana de Direitos Humanos, bem como por inúmeros tratados internacionais nessa matéria. É necessária também porque existem situações, no plano interno, lacunosas ou que exigem uma interpretação a adaptar uma melhor solução a inúmeras questões jurídicas e que podem receber as influências de normas penais internacionais.

13) Assim é que o art. 3º do Código de Processo Penal brasileiro prevê: “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento por princípios gerais de direito”.

14) Existem influências diretas e indiretas do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro.

15) As influências diretas dividem-se em influência quanto à cooperação horizontal e influência quanto à cooperação com o Tribunal Penal Internacional. A primeira refere-se à aproximação entre os países para a repressão dos mais variados crimes cuja incidência ultrapasse as fronteiras nacionais. A segunda refere-se à participação dos Estados-membros na consecução dos objetivos do Tribunal Penal Internacional, ou seja, a necessidade de os Estados-membros assegurarem no plano de seu direito interno procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação, previstas no art. 93 do Estatuto de Roma.

17) A influência indireta refere-se à possibilidade de solução de lacunas no plano do direito interno, nos moldes do art. 3º do Código de Processo Penal.

18) A União Europeia é um exemplo de institucionalização de um modelo internacional de convergência de sistemas jurídicos rumo a uma integração cada vez maior e modelo do que pode ocorrer em outros sistemas regionais. É também modelo ao que pode ocorrer em matéria de influências indiretas em outros sistemas e países.

19) No plano das influências indiretas, viu-se que essas influências podem ser divididas em influências já ocorridas no Processo Penal brasileiro, em uma análise garantista e eficientista e influências indiretas em perspectivas ou que ainda podem ocorrer.

20) As seguintes hipóteses são influências indiretas já ocorridas no Processo Penal brasileiro: a inversão do ônus da prova e a lavagem de dinheiro, a “Lei Maria da Penha”, o tratamento da revelia e a prisão civil do depositário infiel.

21) As seguintes hipóteses são influências indiretas, em perspectiva, no Processo Penal brasileiro: o conceito de crime organizado, a investigação pelo Ministério Público, o papel da defesa na investigação, o papel do juiz e o tratamento da imparcialidade, a publicidade e mídia no Processo Penal, as prisões cautelares, a produção probatória, a sentença e a execução penal.

22) Inúmeras, portanto, são as hipóteses em que podem ocorrer influência das normas processuais penais internacionais no Processo Penal brasileiro, oferecendo-se esses exemplos como situações em que efetivamente elas ocorreram ou podem vir ocorrer, sem embargo de outras hipóteses não indicadas, mas que se subsumem ao mesmo modelo classificatório.

23) Abre-se, assim, um novo campo de interpretação e solução de diferentes problemas de natureza processual penal, em que o Processo Penal internacional serve como modelo para a solução de eventuais lacunas.

24) Não há segurança para afirmar como essas influências ocorrerão ao longo do tempo, em razão da institucionalização de um modelo de Justiça Penal internacional. É certo, contudo, que tendem a aumentar, na medida em que ocorra o incremento de modelos de integração de países, nos moldes da União Europeia e que se fortaleça o Tribunal Penal Internacional, por exemplo.

25) No entanto, tudo dependerá do grau de amadurecimento da sociedade internacional e de como as instituições internacionais se legitimarão ao longo do tempo, o que está diretamente relacionado aos chamados “limites políticos da influência”.

26) Com efeito, trata-se de um modelo cuja evolução ainda não se tem ideia de como ocorrerá, isto é, se mais rápida ou se mais lenta, sendo certo, contudo, tratar-se de um caminho sem volta, na medida em que se verifica que historicamente essas soluções internacionais para os mais diferentes problemas tendem a aumentar e que já existe uma conscientização das nações pela necessidade de atuação internacional organizada para a solução de problemas que afligem a humanidade como um todo.

Referências

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Coord.). Implementação do estatuto de Roma na legislação nacional. In: *Persecução penal internacional na América Latina e na Espanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

_____. *Princípios del proceso penal europeo: análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

_____. *Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Européia de Direitos Humanos)*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

AMODIO, Ennio. Derechos humanos y derecho penal internacional. Diálogo político: derechos humanos y justicia internacional. *Diálogo político*, Buenos Aires, a. 21, n. 3, 2004.

_____. *Processo penale diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. Extradicação: alguns aspectos fundamentais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro.

_____. Introdução à teoria geral do direito penal internacional. In:

Ciência penal: coletânea de estudos: homenagem à Alcides Munhos Netto. Curitiba: JM, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomedes*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves de Campos e. Tribunal penal internacional e a lei processual portuguesa. In: MOREIRA, V. *et al.* (Org.). *O tribunal penal internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1958. v. 2.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARAYAGWIZA v. *Prosecutor* (Case No. ICTR-97-19-AR72), Decisions of 3 november 1999 and 31 march 2000. Disponível em: <<http://www.ectr.org>> Acesso em: 28 nov. 2009.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BASSIOUNI, Cherif M. El derecho penal internacional: história, objeto y contenido. *Anuário de derecho penal y ciências penales*, Madrid, v. 35, n. 1, enero/abr. 1982.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry (Coord.). *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg à Haia*. São Paulo: Manole, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITO, Aléxis Augusto Couto de. Direito penal internacional: direitos humanos, tratados internacionais e o princípio da legalidade. *Revista Síntese de Direito Processual Penal*, São Paulo, a. 5, n. 27, ago./set. 2004.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, João Motta de. *Direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbendian, 1994. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. New York: Oxford University Press, 2005.

CERVINI, R. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CERVINI, R.; TAVARES, J. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHOUKR, F. Hassan Choukr. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 13 dez. 2009.

DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O sistema judicial inglês. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 21, n. 8, p. 69-76, ago./2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. (Org.). L'influence du droit compare sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux. In: *Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: Presse Universitaires de France, 2002.

_____. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ECourtHR Campbell and Fell v UK Judgment 28 June 1984. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em : 28 nov. 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000.

ESTELLITA, Heloísa. *Integração regional e direito penal*. Dissertação (Doutorado) – Departamento de direito penal, medicina forense e criminologia. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Orientador: Prof. Dr. Vicente Greco Filho.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. O crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jacques de Camargo. (Coord.). *O crime organizado: Itália e Brasil: a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O processo penal internacional. In: Paulo Borba Casella; Umberto Meirelles; Fabrício Pasquot Polido. (Org.). *Direito internacional humanismo e globalidade*. Guido Fernandes Silva Soares- Amicorum Discipulorum Liber. São Paulo: Atlas, 2008, p. 172-184.

_____. *Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal*. Artigo não publicado. São Paulo, 2007.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS, 2006.

_____. *O interrogatório do acusado*. São Paulo: Federal, 2006.

_____. O sistema judicial inglês. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 21, n. 8, ago. 2009.

_____. Princípio da legalidade e complementariedade das normas internacionais de processo e punição dos crimes internacionais. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito à luz da Constituição Federal*. Salvador: Podivm, 2007.

GIL, Alicia. *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocídio*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Crime organizado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Acusação popular*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg: 1945-1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRIVONER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. Relatório geral do tema n. 03. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL, Taormina, 1995, n. 7.2.1, vers, mim. Apud CERVINI, R.; TAVARES, J. p. 75.

HABERMAS, Junger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUET, A.; KOERING-JOULIN, R. *Droit penal international*. Paris: PUF, 1994,

IAN, Brownlie, C.B.E. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

JESCHECK, Hans-henrich. O objeto do direito penal internacional e sua mais recente evolução. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 6, abr./jun., 1972.

JESUS, Damásio Evangelista de. Revelia e prescrição penal. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 8, n. 3, jul./set. 1996.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morao. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito penal europeu*. Leme: Mizuno, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MACHADO, André Mendes. *A investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, Vital. et al. *O tribunal penal internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

MOUSO, Paulo. Cooperación judicial inter-etática. *Revista Colombiana de Derecho Procesal*, Bogotá, a. 3, v. 2, 1990.

NORGREN, David Paes. *Direito internacional e lavagem de dinheiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Orientador: Alberto do Amaral Júnior.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIRAGOFF, Donald; CLARKE, Paula. The emergence of common standards of “due process” in international and national criminal proceedings. In: *International criminal law: quo vadis ?* Association Internationale de Droit Penal. Ramonville Saint-Agne: Éres, 2004. p. 363-395.

PISANI, Mario. *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2007.

POLIN, Raymond. Le concept de souveraineté et ses conséquences internationales. In: DRAGO, Roland (Coord.) *Souveraineté de l'État et interventions internationales*. Paris: Dalloz, 1996.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau. In: *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, n. 75, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REUTER, Paul. *Principles de droit international public*. In: *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1961. v. 1.

_____. *Principles de droit international public*. In: *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1961. v. 2.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1

ROUX, Jean-André. *L'entr'aide des Etas dans la lutte contre la criminalité*. In: *Recueil des Cours de L'Academie de droit internacional*, t.36, Paris, 1932.

SAFFERLING, C. J. M. *Towards an international criminal procedure*. New York: Oxford University Press, 2001.

SANCTIS, F. Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

SCHABAS, Willian. *International criminal court*. New York: Cambridge University Press, 2004.

STEINER, Sylvia. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TRIEPEL, Hans. *Les rapports entre le droit interne e lê droi international*. In: *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 1923. v. 1.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TURNER, Jenia Iontcheva. Transnational networks and international criminal justice. *Michigan Law Review*, v. 105, n. 5, mar. 2007.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANOIDE, Maurício (Coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAPPALÀ, Salvatore. *Human rights in international criminal proceedings*. New York: Oxford Press.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho.