

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Guilherme Rodrigues

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O BRASIL: COMPARAÇÕES
SOB A ÓTICA DO MODELO NORMATIVO DE DIREITO DA TEORIA
GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

Santa Maria, RS
2017

Guilherme Rodrigues

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O BRASIL: COMPARAÇÕES SOB A
ÓTICA DO MODELO NORMATIVO DE DIREITO DA TEORIA GARANTISTA DE
LUIGI FERRAJOLI**

Projeto de Monografia apresentado à disciplina de Monografia I, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof.^a M.^a Janaína Soares Schorr

**Santa Maria, RS
2017**

Guilherme Rodrigues

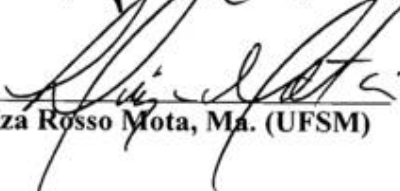
**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O BRASIL: COMPARAÇÕES SOB A
ÓTICA DO MODELO NORMATIVO DE DIREITO DA TEORIA GARANTISTA DE
LUIGI FERRAJOLI**

Projeto de Monografia apresentado à disciplina de Monografia I, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em 10 de Julho de 2017:


Janaina Soares Schorr, Ma. (UFSM)
(Presidente/Orientador)


Joelíria Vey de Castro, Dra. (UFSM)


Luiza Rosso Mota, Ma. (UFSM)

**Santa Maria, RS
2017**

*Aos meus pais, que me deram asas mesmo que embebedas de saudades,
sinônimos de abdicação e amor.*

*Aos meus irmãos, que me cobrem de afeto ao ampliarem os braços
paternais.*

AGRADECIMENTOS

Não há como não ser grato aos que me cercam. A começar pelos meus pais, Danilo e Seli, batalhadores de origem, que me ensinaram desde cedo a desbravar horizontes, seguindo seus exemplos.

A eles devo a alma aventureira e a mente inquieta. A dedicação total pelos afazeres e o amor pela família. É o que me resume hoje. Foram dessas características que emanaram as conquistas que a vida me deu. A maior delas é um núcleo familiar forte e coeso, onde posso voltar sem hesitar.

Também a eles devo meus melhores amigos, Gabriel e Camila. Não somente irmãos, mas pais de segundo grau. Neles encontro o afago da família, pois desde quando a distância me afastou do contato diário com os pais, sempre tive a felicidade da presença de ao menos um deles. Uma, emoção, outro, razão, porém ambos coração.

Não posso me olvidar da minha grande amiga e cunhada, Rochele, que apesar dos cuidados de mãe sempre a mim sempre destinados, agora pode desfrutar do maior dos amores agora de fato: Ana Clara. Ah, a Ana Clara! Ser que veio ao mundo ocasionando um maremoto de emoções à nossa família. A elas e a meu irmão devi o consolo nos dias pretéritos de desalento emocional.

Em memória dos meus padrinhos, Tia Nelsi e Tio Cacildo, cujos cuidados recebidos durante a infância geraram amor inexpressável, repercutido hoje nas melhores lembranças.

Também ao Luiz e a Rosane (*in memoriam*), meus eternos pais “adotivos”, que acompanharam minha vida acadêmica inicial com companheirismo e afeto, e deixaram nesse plano muitas saudades e considerações.

Aos meus colegas e companheiros de faculdade, com os quais pude obter o maior dos conhecimentos da vida em academia. Não somente pela amizade e companheirismo, que por si só já fizeram a graduação valer a pena, mas por me oportunizarem o compartilhamento de novos ideais e modos de raciocínio distintos do apego local de um jovem de cidade pequena. Considero essa sim minha maior vitória acadêmica. E por isso também que admiro cada um daqueles que lecionaram a mim a capacidade do altruísmo, de enxergar minorias, e assim, conciliar meu desejo de justiça com as lições do Direito.

Ainda, aos meus colegas de Trabalho da Caixa Econômica Federal, em especial a Magali e a Rejane, mais duas mães adotivas que afortunadamente esse coração carente encontrou no caminho. Nelas sempre pude encontrar o apego às coisas importantes da vida: à felicidade própria e o amor às pessoas.

Também os colegas do Instituto Nacional do Seguro Social, cujo ambiente agradável de trabalho me propiciou a leveza para enfrentar as dificuldades da rotina atribulada. Uma ressalva ao respeito pelas necessidades de um acadêmico em atividade, em especial pelos gestores Felipe e Vera. Também à oportunidade de compartilhar e principalmente receber conhecimento do ex-colega Raul, com quem espero ainda me deparar na carreira que segue.

Por fim, mormente não menos importante, à minha orientadora, e agora amiga, Janaína. Ela que reavivou em mim a esperança de uma vida acadêmica, por me fazer visualizar a possibilidade de conciliação de uma rotina atribulada e a alta exigência acadêmica, com o amor pela profissão. Fez renascer assim, não somente a esperança no ensino acadêmico de qualidade, mas o encorajamento à docência.

I know it seem hard sometime
But uh, remember one thing
Through every day night, there is a bright day after that
So no matter how hard it get
Stick your chest out, keep your head up, and handle it.

(Tupac Shakur)

RESUMO

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O BRASIL: COMPARAÇÕES SOB A ÓTICA DO MODELO NORMATIVO DE DIREITO DA TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

AUTOR: Guilherme Rodrigues
ORIENTADOR: Janaína Soares Schorr

A presente monografia tem o intuito de analisar a estrutura do Tribunal Penal Internacional, sob a ótica de Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli, em comparação com a estrutura penal brasileira. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento comparativo-tipológico. Este se dará através de uma primeira abordagem referente à estrutura e criação do Tribunal, assim como sua incorporação ao direito brasileiro e internacional, partindo-se no segundo capítulo para a explanação da teoria garantista, a fim de explicitar os parâmetros de comparação. No terceiro e último capítulo, enfim será realizado um comparativo com a estrutura da jurisdição penal brasileira, tecendo apontamentos em relação aos pontos mais críticos. A abordagem dar-se-á com fim de deduzir no último capítulo, a partir do apresentado nos dois primeiros. Com isso, intenta-se definir a maior aproximação/afastamento do modelo idealizado. A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, e terá como base a Constituição Federal Brasileira e a legislação ordinária brasileira, assim como o Estatuto de Roma e suas respectivas Regras de Procedimento e Prova. A comparação das estruturas ocorrerá exclusivamente em relação às bases normativas, pois a análise restringir-se-á ao modelo normativo de direito, por necessidade de corte temático. Também por este motivo o trabalho se dedicará aos elementos do direito processual penal, sem transpassar ao direito material. A importância da presente abordagem se dá em vista da inauguração de um recente patamar de jurisdição internacional penal, que abrange multifacetados modelos de persecução penal. Daí a complexidade do estudo, que busca entender a eficácia dessa instituição *sui generis* na busca da responsabilização penal, em nível mundial e de forma legítima, sem ofender às garantias do acusado, e compará-la ao patamar brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito processual penal. Tribunal Penal Internacional. Sistema Penal Brasileiro. Teoria das Garantias. Garantias penais. Luigi Ferrajoli.

ABSTRACT

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND BRAZIL: COMPARATIONS UNDER THE VISION OF LAW NORMATIVES MODEL OF THE GUARANTEES THEORY OF LUIGI FERRAJOLI

AUTHOR: Guilherme Rodrigues
ADVISOR: Janaína Soares Schorr

The present monograph has the intention of to analyze the structure of the International Criminal Court under the vision of the Guarantees Theory of Luigi Ferrajoli, in comparison with brazilian penal structure. Therefore, it will use the deductive approach method and the comparative-tipologic proceeding method. This one will be done through a first approach about the structure and creation of the Court, and its incorporation to the brazilian and international law, then heading on the second chapter to the explanation of the guarantist theory, to explain the parameters of the comparison. On the third and last chapter, it will be made a comparison with the brazilian jurisdiction structure, making some notes about the more critical points. The approach will be done with the intention of deduce on the last chapter starting by the introduced on the two first chapters. With this, it will be tried to define a better approximation/distance of the idealized model. The search technique will be bibliographic, and will have base in the Federal Brazilian Constitution and its ordinary legislation, as well as the Rome Statute e its respective Court Regulation. The comparison of the structures will be done exclusively about the normative basis because the analysis will be restricted to the law normative model, on account of the necessity of a thematic incision. Because of this, the work will be dedicated only to the elements of the Procedural Criminal Law, without attack the material law. The importance of the present approach is because of the recent inauguration of an international penal jurisdiction scenery that includes multifaceted models of penal persecution. In function thereof is the complexity of the review, it tries to understand the effectiveness of this *sui generis* institution on the pursuit of the penal responsibility in international level, and by the legitimate form, not offending the indicted guarantees, and to compare it to the brazilian structure .

Keywords: Criminal Law. Criminal Procedure Law. International Criminal Court. Brazilian criminal system. Guarantees Theory. Criminal Guarantees. Luigi Ferrajoli.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O BRASIL	12
1.1 A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL E AS DIFICULDADES DA ADESÃO BRASILEIRA... 12	
1.2 O TRIBUNAL COMO JURISDIÇÃO COMPLEMENTAR	17
1.3 ESTRUTURA E PROCEDIMENTO NA CORTE	22
2 A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO.....	28
2.1 A TEORIA GARANTISTA APLICADA AO DIREITO PENAL.....	32
2.1.1 As garantias procedimentais como forma de materialização da jurisdição em <i>strictu sensu</i>	36
2.2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA AO DIREITO PENAL INTERNACIONAL	45
3 A (DES)APROXIMAÇÃO DOS PROCESSOS AO SISTEMA GARANTISTA	50
3.1 A ESTRUTURA JUDICIAL COMO DIREITO: AS GARANTIAS ORGÂNICAS E OS INSTRUMENTOS GARANTISTAS	51
3.2 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: A APORIA DA PRISÃO ANTE <i>JUDICIUM</i> E A IMPERIOSIDADE DO TRÂMITE PROCESSUAL COMPLETO.....	58
3.3 DEVIDO PROCESSO: ACUSAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE DO MODELO ACUSATÓRIO E O DIREITO DE DEFESA	64
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

Com a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma originou-se no país um novo ambiente processual, que passou a complementar a jurisdição brasileira. Por se tratar de um novo ambiente internacional, resultante de um combinado de culturas jurídicas, está repleto de inovações a serem analisadas.

Igualmente, é um ambiente novo no cenário da jurisdição global de proteção aos direitos humanos, na medida em que vem no lastro de tribunais *ad hoc* instalados no decorrer do recente século passado, quando só então se passou da punição estatal para a punição pessoal dos agentes. Há então a necessidade de analisar os fatos que compuseram a história de sua constituição e também elucidar o seu atual status no tangente à sua incorporação em âmbito internacional e interno, como prevê o primeiro capítulo deste trabalho de conclusão.

Porém, ao tratar sobre Direito Processual Penal, deve-se levar com conta a necessária abordagem às garantias processuais. Tal se dá porque não se pode, sob a expectativa de punir os responsáveis, ferir o direito ao devido processo legal. Isso traria uma punição ilegítima, que transformaria o próprio julgador em infrator, gerando um ciclo de ilicitudes infinito.

Na busca da responsabilização penal, deve haver a pauta na exata proporcionalidade entre a penalização dos culpados e tutela dos inocentes. Nesse sentido é que o *jus puniendi* deve agir de maneira cuidadosa ao buscar a punição, revelando-se pela busca da integridade tanto dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, quanto do acusado, pois os dois estão igualmente sob sua tutela.

Assim, analisar as implicações desse novo panorama jurisdicional sob o ponto de vista garantista significa prezar pela melhor e correta responsabilização, sem pecar pela ânsia de punir sob a espada do direito humanitário. É a justificativa do presente trabalho.

Então, a nova jurisdição fundada pelo Tribunal Penal Internacional está disposta de maneira que se aproxima ou se afasta desse modelo ideal? E em relação à jurisdição interna, esse novo sistema se situa em qual grau de garantismo?

Certo dessa celeuma, o tema da presente pesquisa é a comparação dos ordenamentos na busca da alegada legítima jurisdição. O problema se concentra justamente em encontrar o panorama comparativo dos dois sistemas, nato e internacional.

A teoria do garantismo penal preza por um sistema em que são resguardadas as garantias penais e processuais do jurisdicionado. Por esse motivo é que ela será usada como baliza, e proceder-se-á à abordagem das teses do professor e jurista italiano Luigi Ferrajoli. Tal se fará aproveitando o sistema por ele fundado e buscando investigar como consegue

abranger, de maneira técnica, todas as garantias ao devido processo legal. Este é o tema do segundo capítulo.

Esta doutrina específica foi escolhida por conseguir abranger, ao mesmo tempo, de forma clara e precisa, através do método axiomático, os direitos e as respectivas garantias do acusado, como também delinear, de maneira complexa, o sistema penal angariado.

Este estudo abster-se-á, por motivos temáticos, à abordagem das garantias relacionadas ao direito processual, com exclusão das garantias relacionadas ao direito material. Também, pelo mesmo motivo, promover-se-á um corte epistemológico dentro da teoria de Ferrajoli a fim de mensurar o apego ou afastamento do modelo ideal garantista, como modelo normativo de direito, sem adentrar à análise da teoria crítica ou da filosofia do direito, outros brilhantes caminhos traçados pelo autor.

É nesse patamar que verificar-se-á a possibilidade de aplicação da dita teoria ao Tribunal Internacional, visto a característica cosmopolita da instituição e sua busca da conciliação dos institutos de *common law* e *civil law*, derivando daí dificuldades.

Para tanto, se utilizará o método de abordagem dedutivo, acompanhado do método de procedimento comparativo-tipológico e da técnica de pesquisa bibliográfica, pautada na Teoria do Garantismo Jurídico e da comparação de normas e apontamentos jurisprudenciais, com o intuito de deduzir a aproximação ao modelo tipológico.

Ciente da impossibilidade da perfeita efetivação do sistema teoricamente formulado será realizada a contraposição dos elementos mais críticos e destoantes em relação ao estatuído pelo modelo garantista. É tal o tema do terceiro e último capítulo, cujos subcapítulos serão relacionados às máximas perseguidas por Ferrajoli, com o fim de guiar o trabalho à conclusão final.

Confrontando os dois ordenamentos, há possibilidade de encontrar um melhor sistema no âmbito interno, visto a sua maior maturidade. Não obstante, este também possui disposições que refletem os problemas comuns de um país de democratização recente.

Por outro lado, também a jurisdição internacional é fruto de visões compartilhadas de processo, discutidas em longo prazo, o que favorece um resultado mais maturado. Esse fator pesa positivamente para a hipótese de um ambiente internacional mais satisfatório em relação ao assunto tratado.

Consciente da importância de aprofundar para esclarecer, a resposta para essa dualidade é o que se tentará revelar, ponto a ponto, em um estudo comparativo.

1 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O BRASIL

“Quem luta com monstros deve velar por que, ao fazê-lo, não se transforme também em monstro. E se tu olhares, durante muito tempo, para um abismo, o abismo também olha para dentro de ti.”

(Friedrich Nietzsche)

Tratar sobre uma corte de abrangência mundial exige um estudo complexo. Primeiramente, pela própria jurisdição que abrange. Se a estrutura estatal brasileira, soberana, já demonstrou, ao longo dos anos, a dificuldade de se conciliar a eficiência da persecução penal com a manutenção de um processo garante, a abertura dessa jurisdição a níveis nunca antes desbravados não poderia carecer de empenho.

Similarmente, a dificuldade se dá porque a jurisdição cosmopolita enfrenta impasses exclusivos a ela. Como é imaginável, a riqueza de culturas ao redor do planeta gera sentidos e significações distintas no mundo jurídico. Assim, construir uma proposta que abranja e concilie juridicamente essas diferentes culturas revela ainda maior desafio.

Nessa perspectiva, é que discorrer sobre a criação da corte internacional e sua implantação encontra relevância para entender seu caráter *sui generis*. Só a partir de então, é possível passar para a descrição de sua competência e estrutura, e entender seu funcionamento. Por fim, cabe a investigação da nova jurisdição fundada pela Corte e como ela interfere na ordem jurídica mundial. São os passos que serão tomados nesse primeiro capítulo.

1.1 A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL E AS DIFICULDADES DA ADESÃO BRASILEIRA

A ideia de um Tribunal Penal Internacional (TPI) não é recente. O primeiro impulso foi provavelmente a instituição de um tribunal militar, em 1474, na Alemanha, com o objetivo de julgar Peter Von Hagebach pelos crimes de estupro, morte e saque, realizados por suas tropas¹.

Algumas tentativas de formação de um Tribunal Penal Internacional surgiram após a Primeira Guerra Mundial, motivados pelas violações às leis e costumes internacionais, porém não obtiveram êxito, devido ao tradicional apego a uma teoria de soberania rígida, e a não aceitação, pelos países vencidos, de uma jurisdição pautada na nacionalidade dos acusados. O

1 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 281.

tratado de Sévres, o Tratado de Versalhes e a Convenção Contra o Terrorismo podem ser destacados nesse sentido².

Em seguida ocorreu a Segunda Guerra Mundial e as atrocidades humanitárias correspondentes fizeram com que a comunidade internacional repensasse o conceito de Estado soberano. Como analisa Cassese, foi necessária toda a amplitude das atrocidades cometidas para demonstrar as consequências perniciosas que poderiam resultar da busca de noções extremas de soberania, e assim sacudir a comunidade internacional, fazendo-a sair de sua complacência³.

Nesse contexto pós-guerra é que foram assinados os Tratados de Londres (1945) e a Carta do Tribunal Internacional Militar para Extremo Oriente (1946), dando origem aos Tribunais de Nuremberg⁴ e Tóquio, respectivamente. Foram muito criticados por terem sido constituídos *a posteriori*, com aplicação retroativa de leis penais, e por serem voltados à retribuição pelos “vencedores”⁵. Além disso, a ausência de precedentes jurídicos relativos às violações cometidas durante a Primeira Guerra e a recusa em se processar soldados aliados enfraqueceram a legalidade dos processos tanto de Nuremberg quanto de Tóquio⁶.

A despeito das ponderações, a concretização desses tribunais em nível internacional trouxe impulso à responsabilização individual de crimes humanitários. Nesse sentido, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), o sistema começou a estabelecer mecanismos mais permanentes e imparciais para a administração da justiça penal internacional. O objetivo da ONU era mais abrangente do que o da Liga das Nações, pois visava estabelecer um Tribunal Penal Internacional permanente, identificado pelo esforço em um projeto de estatuto e na codificação dos crimes internacionais⁷.

Assim, foi estabelecido um Comitê pela Comissão de Direito Internacional, que apresentou em 1951 uma primeira versão do Estatuto do Tribunal Penal Internacional,

2 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 281.

3 CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-20.

4 Cabe ressalva a importância deste Tribunal para o Direito Humanitário. Foi o primeiro tribunal com jurisdição internacional efetivamente implantado visando à responsabilização de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade, alcançando individualmente sujeitos anteriormente respaldados por imunidades.

5 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283.

6 BASSIOUNI apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 284.

7 CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-20.

revisada e aprovada em 1953. Os trabalhos foram então suspensos por 35 anos e restabelecidos em 1989, ano marcado pela queda do muro de Berlim⁸.

Neste embalo, o Conselho de Segurança da ONU instaurou, em 1993 e em 1994, os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, para julgar as violações de direito internacional humanitário naqueles países. O grande diferencial desses tribunais foi que, ao invés de oriundos de processos multilaterais de elaboração de tratados, foram instalados a partir de resoluções do Conselho de Segurança da ONU⁹. Explica Flávia Piovesan que tais tribunais ainda representavam um distanciamento do TPI:

Primeiro, o TPI é um tribunal permanente, menos sujeito ao alto grau de seletividade presente em tribunais *ad hoc*. Segundo, os crimes abrangidos pelo Estatuto de Roma são mais especificados, atendendo-se mais claramente ao princípio da tipicidade. Terceiro, o Estatuto de Roma prevê restrições à pena de prisão perpétua, atentando para a importância da individualização da pena. Quarto, o TPI segue o princípio da complementaridade e não o da primazia da jurisdição internacional¹⁰.

Destarte as limitações descritas, a implantação e êxito dos Tribunais *ad hoc* de Ruanda e da Ex-Iugoslávia tem uma importância significativa. Explica Cassese que eles deram um estímulo final ao surgimento do TPI, e além disso, tiveram importância simbólica em termos de seu legado moral, e muita jurisprudência acumulada com relação à interpretação dos delitos puníveis segundo o novo Estatuto. Ambos poderiam agora ser tomados como base por aqueles que buscassem um sistema de justiça penal internacional permanente, eficaz e politicamente isento¹¹.

Assim, por impulso de Trinidad e Tobago que, visando lidar com o problema do tráfico de drogas no país, sugeriu à Assembleia Geral da ONU a criação de um Tribunal Internacional especializado na questão, a Comissão de Direito Internacional (CDI) teve o aval para retomar o trabalho na busca de um projeto de Estatuto para o Tribunal Penal Internacional. Depois de algumas revisões, o Projeto de Estatuto e Projeto de Documento Final do relatório da CDI foi submetido à Conferência Diplomática de Roma, de Julho de 1998¹².

8 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 284.

9 BASSIOUNI apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 284.

10 Op. cit, p. 285.

11 CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-20.

12Ibidem.

Fruto de negociações multilaterais difíceis, sobre tópicos delicados e entre grupos diversificados, na discussão foram identificados pontos fortes e fracos, dependendo das perspectivas e prioridades¹³. Ainda assim, o Estatuto de Roma, instrumento normativo que formalizou o tratado, “foi adotado por uma imensa maioria de 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções, concluindo de forma dramática os anos de esforços para sua elaboração e dando mais um passo rumo a um Tribunal Penal Internacional independente e eficaz”¹⁴.

Durante as negociações o Brasil fez parte de um grupo caracterizado como *like minded country*¹⁵. Este grupo defendia o princípio da jurisdição automática do Tribunal sobre os crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade; a eliminação do veto do Conselho de Segurança, a instituição de um promotor independente com poderes de iniciar os processos de ofício, assim como a vedação à reservas¹⁶.

A participação do Brasil nesse grupo foi importante, visto o intuito de fortalecer e tornar o Tribunal o mais imparcial possível¹⁷. Não obstante este papel, apesar da presença nas reuniões preparatórias e acompanhamento do desenrolar dos acontecimentos até a Conferência de Roma, o país teve sua adesão formal tardia, somente em 07 de Abril de 2000¹⁸.

A ratificação pelo país foi ainda mais defasada. Haja vista a previsão de pena de caráter perpétuo, existente no artigo 77 do Estatuto de Roma, “a doutrina brasileira pautou-se quase que integralmente na (justa) aversão constitucional interna à ideia de penas de caráter perpétuo (e de morte), as quais haviam sido repudiadas pelo ordenamento interno de longa data”¹⁹.

Apesar da vedação constitucional brasileira à pena perpétua e aparente inconstitucionalidade da adesão ao tratado, houve quem lutasse por um entendimento diferente, na busca da incorporação, tendo sido André de Carvalho Ramos um dos primeiros juristas a enfrentar com profundidade o tema. Ao empregar um raciocínio analógico, tentou demonstrar que, em casos de extradição, o Supremo Tribunal Federal alterou sua posição

13 KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. A Construção do Acordo na Conferência de Roma. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21-60.

14 Ibidem.

15 Tradução literal: “países de mente interligada”.

16 SCHABAS, William apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 285.

17 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 285

18 CHOUKR, Fauzi Hassan. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional Abordagem à Proposta de Adaptação da Legislação Brasileira. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 61-78

19 Ibidem.

histórica para permitir a extradição de um condenado à pena perpétua sem que houvesse necessidade de comutá-la²⁰.

Nessa constante, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional aprovou o projeto de Decreto-Legislativo 152/2002 e encaminhou-o ao Senado Federal, apoiado nos argumentos do mesmo jurista. Levado a plenário, foi editado, dando resultado ao Decreto Legislativo nº 112/2002, que aprovou finalmente em definitivo a incorporação do Estatuto de Roma²¹. A promulgação do texto foi dada pelo Presidente da República, em 25 de Setembro de 2002, através do Decreto 4.388.

Diante da solução dada, verificada a existência de normas supostamente conflitivas à nossa Constituição, pode-se concluir que se conferiu primazia àquelas outras normas previstas no inciso III do artigo 1º e nos incisos II, VI e VII do artigo 4º, que preveem, respectivamente, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e a regência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos nas relações internacionais do país, podendo ser considerados então como indisponíveis²². Até porque, por outro ponto, argumenta Kai Ambos:

Visualizando nas disposições do Estatuto de Roma referentes a pena de prisão perpétua (patrocinada pelo Brasil, inclusive), um mecanismo de exceção que se torna ainda mais residual porque, em primeiro lugar, a jurisdição internacional é, em si mesma, em relação à nacional; em segundo lugar, porque, dentro das penas, a perpétua é também residual e em, terceiro, porque sua própria condição de perpetuidade pode ser questionada, a partir de mecanismos de revisão obrigatória que a relativizam²³.

Ainda sobre o tema, afirma Piovesan “que o artigo 80 do Estatuto de Roma estipula não ser necessário, para se adequar ao Estatuto, que os Estados-Partes adotem internamente a pena de prisão perpétua. O Artigo 80 enuncia explicitamente a não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos”²⁴.

Nesta senda, entende a mesma autora que o Estatuto é, em linhas gerais, compatível com o ordenamento jurídico interno por três razões: a primeira, porque as regras de direito material adotadas já haviam sido reconhecidas em outros tratados internacionais já ratificados pelo país; a segunda, porque estabelece um mecanismo internacional de proteção aos direitos

20 CHOUKR, Fauzi Hassan. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional Abordagem à Proposta de Adaptação da Legislação Brasileira. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 61-78.

21 Ibidem.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 305.

Humanos não totalmente diverso daquele previsto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Brasil já havia reconhecido; a terceira, que a própria Constituição Federal, no Ato das Disposições Transitórias, explicita que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, e ainda, com a emergência da Emenda Constitucional nº 45/2014, passou a estar expressa no §4º do artigo 5º submissão do Brasil a Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha aderido²⁵.

Percebe-se assim o entendimento pela compatibilidade do Tribunal Internacional com a nossa Carta Magna. Cabe agora analisar a competência e a estrutura do tribunal, a fim de entender melhor o contexto envolvido.

1.2 O TRIBUNAL COMO JURISDIÇÃO COMPLEMENTAR

Faz-se importante a definição dos crimes sob a égide do Tribunal para entender em quais casos a jurisdição de um Estado se encontra modificada pelo texto internacional. Flávia Piovesan é didática ao prever que a jurisdição do Tribunal pode ser analisada sob quatro critérios: material, pessoal, temporal e territorial²⁶.

No que tange ao aspecto material, a Corte tem jurisdição sobre crimes de genocídio, contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão²⁷. Em relação aos primeiros, importante a contextualização de William Schabas:

Costumava-se diferenciar o crime de genocídio dos crimes contra a humanidade, pois estes últimos estavam restritos aos períodos de guerra. Com a ampliação do conceito de crimes contra a humanidade também para períodos de paz, o crime de genocídio passou a ser considerado mais grave espécie de crime contra a humanidade. O fato distintivo do crime de genocídio perante outros crimes é encontrado em seu dolo específico, concernente ao “intuito de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico ou religioso”. A destruição pode ser física ou mental²⁸.

Já os crimes contra a humanidade hoje se diferenciam por possuírem intuito diferente. Eles foram mais extensamente definidos no Estatuto de Roma do que em Nuremberg, havendo uma especial ampliação da tipificação quanto a crimes ligados ao gênero, compreendendo a agressão sexual, a prostituição forçada, a gravidez forçada, a esterilização

25 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 303-304

26 Ibidem, p. 287.

27 BRASIL. Decreto 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.html >. Acesso em: 27 abr. 2017.

28 SCHABAS apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 287.

forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável. A nota distintiva desses crimes está no fato de fazerem parte de um ataque sistemático ou em grande escala contra civis²⁹.

Percebem-se então duas principais diferenças entre os dois tipos penais. A primeira, já relatada, é o bem jurídico tutelado, que no genocídio é um grupo nacional, étnico ou religioso, e nos crimes contra a humanidade é o ataque sistêmico ou em grande escala contra civis.

A segunda é em relação ao tipo penal dos crimes de genocídio, que é fechado, taxativo. Já na tipificação dos crimes contra a humanidade existe uma abertura, mais precisamente no artigo 5º, item 1, alínea “k”, do Estatuto, onde a disposição “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental” é exemplo de tipo penal aberto³⁰.

No tocante aos crimes de guerra, os conceitos derivam tanto das Convenções de Genebra de 1949, quanto das convenções de Haia IV, de 1907, e abarcam tanto combatentes e não combatentes, mas o Estatuto inova por prever tipificação para violações em conflitos internos, não apenas em internacionais³¹.

Ao contrário dos três tipos anteriores, o crime de agressão não possui tipificação imediata pelo Estatuto, mas, nos termos do art. 5º, item 2, foi condicionada a ato posterior. Tal definição foi objeto na conferência de Kampala, em 2010, cuja aprovação deu origem a RC/RES 6. Segundo Baqueiro e Gameiro:

O texto aprovado na Conferência em Kampala traz a definição do crime de agressão como sendo a conduta perpetrada por um sujeito apto a dirigir as ações políticas ou militares de um Estado que planeja, prepara ou realiza um ato de agressão que por suas características, gravidade e escala consista em uma violação manifesta à Carta das Nações Unidas. Segue o artigo 8-A estabelecendo que, por "ato de agressão" se considera o uso da força armada por um Estado que viole a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro país, ou ainda que perpetre qualquer ação que seja incompatível com a Carta das Nações Unidas³².

29 SCHABAS apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 287.

30 BRASIL. Decreto 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.html >. Acesso em: 27 abr. 2017.

31Op. Cit. p. 288.

32 BAQUEIRO, António Ribeiro; GAMEIRO, Fernanda Ravazano. A tipificação do crime de agressão na conferência de revisão em Kampala e sua aplicabilidade aos estados signatários do Estatuto de Roma como medida necessária para a preservação dos direitos humanos. **Revista Diálogos Possíveis**. Volume 1, ano 2014, p. 115-127.

Disponível em: < <http://www.faculdadesocial.edu.br/revistas/index.php/dialogospossiveis/article/view/288> >. Acesso em: 28 abr. 2017.

A resolução considera também ato de agressão: o bombardeio do território de um país pelas forças armadas de outro Estado, o uso de quaisquer armas por uma nação contra outra, ou a ação de um Estado que permite em seu território a prática de atos de agressão; ação das forças armadas de um Estado que implique o bloqueio dos portos de outro, ou o ataque às forças armadas terrestres, marítimas ou aéreas de outro Estado, ou de sua frota mercante ou aérea; a violação das regras estabelecidas em um acordo envolvendo dois Estados em que se permite a um desses países manter no território do outro as suas forças armadas, prolongando sua presença após o término do acordo; ou ainda o envio por um Estado, ou em seu nome, de "bandos armados", "grupos irregulares" ou "mercenários" que pratiquem atos de força armada contra outra nação, de tal gravidade que sejam equiparados às condutas anteriormente descritas³³.

A tipificação de somente quatro crimes vai ao encontro de uma teoria de direito penal mínimo, incumbida de atribuir ao direito penal somente a proteção aos bens mais importantes, deixando para outros ramos do Direito a discussão de violações de outros bens de menor relevância³⁴.

Já a jurisdição em matéria pessoal alcança somente maiores de 18 anos, e abrange pessoas que tenham cometido os crimes no exercício de sua capacidade funcional, ainda que sejam Chefes de Estado, independente do cargo. Isto significa um grande avanço em relação à responsabilidade penal quando comparado ao regime de imunidades³⁵.

Sobre o aspecto temporal, o artigo 11 do Estatuto compreende apenas crimes cometidos após a entrada em vigor do mesmo, no entanto, abre uma concessão, através do artigo 124, de que os Estados não aceitem a jurisdição do Tribunal quanto a crimes de guerra cometidos por seus nacionais ou em seu território pelo período de sete anos a contar da entrada em vigor do estatuto.

No aspecto territorial o Estatuto privilegia o local do crime praticado, em detrimento da nacionalidade do agente. Por isso, ainda que o Estado não tenha ratificado o Estatuto, nem aceito a jurisdição para o crime em questão, o tribunal é competente³⁶. Essa disposição é de

33 BAQUEIRO, António Ribeiro; GAMEIRO, Fernanda Ravazano. A tipificação do crime de agressão na conferência de revisão em Kampala e sua aplicabilidade aos estados signatários do Estatuto de Roma como medida necessária para a preservação dos direitos humanos. **Revista Diálogos Possíveis**. Volume 1, ano 2014, p. 115-127. Disponível em: <<http://www.faculdadesocial.edu.br/revistas/index.php/dialogospossiveis/article/view/288> >. Acesso em: 28 abr. 2017.

34 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 289.

35 Ibidem, p. 289.

36 Ibidem, p. 290.

enorme importância a fim de que se impossibilite uma indevida proteção estatal a indivíduo perseguido em seu território.

A relevância do conhecimento da competência do Tribunal se revela principalmente quando conjugada a um dos princípios pelo qual é regido: o princípio da complementariedade. Este possui contemplação logo no artigo 1º do Estatuto de Roma³⁷. Já os critérios de filtro sobre a admissibilidade estão no artigo 17. Na disposição deste, aufere-se que o critério é, em linhas gerais, suplementar as jurisdições nacionais quando os Estados não tiverem vontade ou capacidade de agir³⁸.

O próprio Estatuto então esclarece quando se considera que há vontade: quando o Estado titular da jurisdição tiver decisão pendente ou proferida com o propósito de subtrair a pessoa de sua responsabilidade criminal; ou tiver demora injustificada ou condução do processo incompatível com o propósito de apreciação perante a justiça³⁹.

Já a disposição em relação à incapacidade do Estado de agir se configuraria quando, “por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo”⁴⁰.

A primeira vista, poder-se-ia verificar um aparente confronto com o princípio do *ne bis in idem*, previsto no artigo 20 do próprio Estatuto⁴¹. Porém, o mesmo diploma desfaz a controvérsia, em reiterada disposição sobre o caráter suplementar da jurisdição, no item 3 do mesmo artigo⁴². Sobre o disposto, a lição de Francisco Rezek:

37 Artigo 1º. É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional. O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será **complementar às jurisdições penais nacionais**. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto. **(grifo nosso)**.

38 Artigo 17.1: “Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1o, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3o do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.”

39 Artigo 17.2 do Estatuto de Roma.

40 Artigo 17.3 do Estatuto de Roma.

41 Artigo 20:1: “Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.”

42 Artigo 20.3: “O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por

Dentre os princípios fundamentais assentados no Tribunal Penal Internacional o princípio da complementaridade surge como um dos mais importantes. De acordo com o mesmo, a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção. Este postulado, à primeira vista, parece chocar-se com os fins colimados no Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto do Tribunal, até para que a repressão se faça de modo mais eficaz. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente agindo, sobretudo na hipótese em que ocorre a falência das instituições nacionais⁴³.

Salo de Carvalho⁴⁴ ainda entende que o princípio possui importante papel quando tratamos de detentores de grandes cargos, pois como a jurisdição do TPI é subsidiária a nacional, tal mecanismo é fundamental para evitar processos arditos, com o intuito de eximir o responsável da jurisdição nacional. Evitar-se-á assim situações nas quais há favorecimento em face de o imputado ser nacional e com alto poder de persuasão em virtude do cargo. Tal instituto vai ao encontro do próprio aspecto territorial da jurisdição, também já exposto.

Complementa Reale Jr. que tal intervenção se dá “quando se verifica que o agente foi submetido a uma farsa e não a um efetivo julgamento, com a única finalidade de evitar a competência complementar do TPI, sob a escusa de já haver atuado a justiça do país”⁴⁵.

Para assegurar a lisura do filtro, o princípio da complementaridade tem duas regras: a publicidade e a possibilidade de impugnação pelo Estado que sofre a intervenção. São garantias resguardadas no artigo 18 do Estatuto. Há necessidade de notificação ao Estado, para que possa haver manifestação e eventual recurso.

Esta última regra é criticado por alguns internacionalistas, por entenderem que possibilita eventual destruição de provas antes das investigações, porém o próprio Estatuto

objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou: b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça”.

43 REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: princípio de complementariedade e soberania. **Revista CEJ**. V. 4. 11 ago.2000. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/333/535>> Acesso em 29 jun.2017.

44 CARVALHO, Salo de. Os Fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-95.

45 REALE apud CARVALHO, Salo de. Os Fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-95.

prevê que o Promotor realize, a qualquer tempo, as investigações necessárias⁴⁶.

Nos ditames propostos, entende-se a ênfase dada pelo Tratado na busca pela não escusa da responsabilidade criminal pelos Estados. Essa tentativa é plenamente justificável diante das já mencionadas atrocidades humanitárias ocorridas ao longo do século passado e da correspondente omissão na responsabilização penal.

1.3 ESTRUTURA E PROCEDIMENTO NA CORTE

O Tribunal, que possui sua sede na cidade de Haia, na Holanda, tem estrutura consistente em quatro (4) órgãos: a presidência, as seções judiciárias, o Gabinete do Procurador e a secretaria⁴⁷.

A presidência, composta por três (3) juízes, é incumbida da administração do Tribunal de Haia. Tal regra sofre a exceção do Gabinete do Procurador, mas do qual deverá obter aprovação em relação a todos os assuntos relacionados a interesse comum⁴⁸.

As seções judiciárias são divididas em Seção de Recursos, desempenhada pelo presidente e quatro (4) juízes, exclusivos da Seção; em Seção de Julgamento em Primeira Instância, composta por pelo menos seis (6) juízes, sendo que três (3) exercem a função de cada juízo; e pela Seção de Instrução ou de Questões Preliminares, igualmente composta por no mínimo seis (6) juízes, que compõem um juízo também em número de três (3), podendo as duas últimas ceder temporariamente Juízes umas as outras⁴⁹.

O Gabinete do Procurador será composto pelo mesmo e um ou mais Procuradores-Adjuntos, que terão nacionalidades distintas e dedicação exclusiva. O Gabinete é autônomo⁵⁰, a ele competindo receber e examinar as denúncias, investiga-las e propô-las perante o Tribunal. Já a Secretaria é responsabilidade do Secretário do Tribunal e possui como atribuição as questões não judiciais⁵¹.

Ao todo são dezoito (18) juízes no tribunal, não podendo mais de um deles pertencer à mesma nacionalidade⁵². Os processos, em suma, podem ser divididos em três fases: inquérito, fase de primeira instância e fase de recursos. Começando pelo inquérito, ensina Lewandowski:

46 BERGSMO, Morten. O regime jurisdicional da Corte Internacional Criminal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p 242.

47 Artigo 34 do Estatuto de Roma.

48 Artigo 38 do Estatuto de Roma.

49 Artigo 39 do Estatuto de Roma.

50 Artigo 42 do Estatuto de Roma.

51 Artigo 43 do Estatuto de Roma.

52 Artigo 36 do Estatuto de Roma.

O procedimento acusatório pode iniciar-se por uma representação à Promotoria, subscrita por algum Estado-parte ou pelo Conselho de Segurança da ONU, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, ou ainda por uma investigação aberta pelo próprio *Parquet*. O processo perante o Tribunal, todavia, somente começa se for admitido pela Seção de Questões Preliminares, à vista de indícios suficientes de culpabilidade do acusado apresentados pela Promotoria. Essa Seção poderá também ordenar a prisão preventiva do acusado, para assegurar seu comparecimento em juízo, para que ele não obstrua a investigação, destruindo provas ou ameaçando testemunhas, ou mesmo para impedir que prossiga cometendo crimes. Essa prisão será executada pelos Estados-partes ou por terceiros mediante os instrumentos de cooperação internacional⁵³.

A abertura do inquérito se submete à análise da competência e admissibilidade, pelo Procurador, nos termos do artigo 53.1 do Estatuto, informando o Juízo de Instrução sobre sua decisão⁵⁴.

Se o procurador entender não admissível a causa ou a inexistência de indícios suficientes de prova, deve informar ao Juízo de Instrução. Também deve informar ao Estado-parte, ou ao Conselho de segurança da ONU, dependendo de quem provier a denúncia, podendo então o Juízo de Instrução, se assim não entender, pedir que o Procurador reconsidere sua decisão. Explica João Manoel da Silva Miguel que não há subordinação do *Parquet* ao Juízo neste caso, e sim um equilíbrio. O pedido do Juízo que não obriga que aquele mude sua posição anterior⁵⁵, pois o Gabinete do Procurador é autônomo.

O Conselho da ONU tem a faculdade-poder de impedir ou suspender inquérito ou o processo por 12 meses, mediante Resolução, podendo ser renovada durante igual período, durante o qual a Procuradoria e o Juízo ficam impedidos de qualquer ato, nos termos do artigo 16 do Estatuto⁵⁶.

O Juízo de instrução tem competência para zelar pela regularidade do inquérito, podendo autorizar mandados ou notificações de comparecimento, assim como autorizar “inter-

53 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Revista Estudos Avançados**. Vol. 16. São Paulo: Mai/Ago. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012> Acesso em 30 abr.2017.

54 Artigo 53.1. O Procurador, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para proceder ao mesmo. Na sua decisão, o Procurador terá em conta se: a) A informação de que dispõe constitui fundamento razoável para crer que foi, ou está sendo, cometido um crime da competência do Tribunal; b) O caso é ou seria admissível nos termos do artigo 17; e: c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça. Se decidir que não há motivo razoável para abrir um inquérito e se esta decisão se basear unicamente no disposto na alínea c), o Procurador informará o Juízo de Instrução.

55 MIGUEL, João Manoel da Silva. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Volume 10, nº 37. Jan/Mar-2002, p. 16-17.

56 Artigo 16. Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

venção do Juízo de Instrução em caso de oportunidade única de proceder a um inquérito”, nos termos do artigo 56. Também tem poderes para assegurar a proteção de vítimas, testemunhas, informações, provas e pessoas detidas, e realizar medidas específicas no âmbito de um inquérito, no território de um Estado Parte, quando não tem a cooperação deste, em procedimento específico⁵⁷.

Concluído o inquérito, o Juízo de Instrução realizará audiência na presença do acusado, salvo em caso de notificação e não comparecimento, e do Procurador e do defensor, onde apreciará os fatos constantes na acusação⁵⁸. Serão reproduzidas as provas pelas quais o Procurador gerou sua convicção, ou apresentados resumos dos documentos, sendo-lhe facultado colher depoimentos. O acusado poderá oferecer defesa e provas⁵⁹.

Ao final, se não designar nova audiência, nem solicitar a emenda da acusação, o Juízo de Acusação proferirá decisão sobre a existência ou não de provas suficientes, e no caso positivo, remeterá o acusado ao Julgamento em Primeira Instância⁶⁰.

Inicia-se a partir de então a segunda fase. O julgamento de primeira instância se dá, em regra, na sede do Tribunal, com presença obrigatória do acusado⁶¹. Durante a audiência, que será pública salvo decisão fundamentada⁶², o Juízo ordenará a leitura da denúncia e certificar-se-á de que o acusado compreende a natureza dos fatos a ele imputados, dando-lhe a oportunidade de confessar ou de se declarar inocente⁶³. Em relação a tal confissão, o Estatuto é cuidadoso e reserva um artigo disciplinando rito específico⁶⁴. Ensina Kai Ambos que essa delicada maneira probatória demanda determinadas condições para sua validade:

De acordo com o artigo 64(8) do Estatuto, o juiz deve dar ao réu a possibilidade de confessar a culpa com relação às acusações feitas. O artigo 65, de maneira complementar, apresenta o procedimento que deve ser seguido pelo Tribunal para que a confissão seja considerada válida. Nesse sentido, deve ser verificado se a confissão de culpa foi feita de maneira voluntária, de maneira consciente e de maneira não equivocada, além de ser necessário que a confissão seja corroborada pelos fatos e pelas provas apresentados pelo procurador⁶⁵.

57 Artigo 57.2 do Estatuto de Roma

58 Itens 1 e 2 do artigo 61 do Estatuto de Roma.

59 Item 5 do artigo 61 do Estatuto de Roma

60 Item 7 do artigo 61 do Estatuto de Roma.

61 Artigos 62 e 63.1 do Estatuto de Roma.

62 Artigo 64.7 do Estatuto de Roma.

63 Artigo 64.8 do Estatuto de Roma.

64 Artigo 65 do Estatuto de Roma.

65 AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? In: International Criminal Law Review, the Netherlands: **Kluwer Law International**, Vol. 3, p.1-37, 2003. Disponível em: <<http://www.legal-tools.org/en/doc/fdcf29/>> Acesso em 01 mai.2017.

Se o Juízo de Primeira Instância entender que não estão reunidas as condições do artigo 65.1⁶⁶, considerar-se-á válida a confissão e prosseguir-se-á o julgamento. Este Juízo também tem a atribuição de conhecer das infrações contra a administração da justiça realizada em seu Tribunal, aplicando sanções⁶⁷, além de zelar por um processo célere e equitativo, determinar a língua do processo e a revelação de documentos necessários⁶⁸.

Antes ou depois do julgamento poderá ordenar o comparecimento de pessoas e colheita de depoimentos, autorizar e ordenar apresentação de provas. Ainda, adotar medidas de proteção ao acusado, vítimas, testemunhas, e informações secretas, como também possui qualquer atribuição do anterior Juízo de Instrução⁶⁹.

Todos os juízes do Juízo de Primeira Instância devem estar presentes em cada fase do julgamento e nas deliberações. A decisão dos casos deve ser preferencialmente unânime, devendo as deliberações do Juízo permanecer em segredo. Em caso de não unanimidade, tanto a posição da maioria quanto de minoria deverá constar na decisão. A decisão não exorbitará dos fatos e circunstâncias descritos na acusação, e o Tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência⁷⁰.

A sentença será pública, quando possível na presença do acusado, e em caso de condenação, o Juízo determinará a pena aplicada tendo em conta os elementos de prova e as exposições produzidos no decurso do julgamento, podendo para tal, antes da condenação, convocar audiência suplementar para a colheita de provas⁷¹. As penas possíveis são as previstas no artigo 77⁷², devendo levar em conta fatores como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado⁷³.

66 Artigo 65.1: Se o acusado confessar nos termos do parágrafo 8, alínea a), do artigo 64, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância apurará: a) Se o acusado compreende a natureza e as consequências da sua confissão; b) Se essa confissão foi feita livremente, após devida consulta ao seu advogado de defesa; e c) Se a confissão é corroborada pelos fatos que resultam: i) Da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado; ii) De quaisquer meios de prova que confirmam os fatos constantes da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado; iii) De quaisquer outros meios de prova, tais como depoimentos de testemunhas, apresentados pelo Procurador ou pelo acusado.

67 Artigo 70 e 71 do Estatuto de Roma.

68 Artigo 64.3 do Estatuto de Roma.

69 Artigo 64.6 do Estatuto de Roma.

70 Artigo 74 do Estatuto de Roma.

71 Artigo 76 do Estatuto de Roma.

72 Artigo 77 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar: a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual; b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

73 Artigo 78.1 do Estatuto de Roma.

O juízo julgará levando em conta o Estatuto, os Elementos Constitutivos dos Crimes e as Regras de Procedimento e Prova. Subsidiariamente, os tratados e os princípios e normas de Direito Internacional, ou ainda, princípios gerais que retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos⁷⁴.

Da decisão caberá recurso pelo Procurador, pelos fundamentos de vício processual, erro de fato ou de direito, além da desproporção da pena em relação ao crime. Já o acusado, ou o Procurador na defesa deste, poderá, além destes fundamentos, arrazoar com qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença⁷⁵. Poderão ambas as partes, além do Estado-Parte, recorrer de decisões que não são de mérito, elencadas no artigo 82 do Estatuto⁷⁶.

O Juízo de Recursos possui todos os poderes do Juízo de Primeira Instância. Além destes, se concluir que processo sujeito a recurso padece de vícios, mesmo que não suscitados nos recursos, poderá anular ou modificar a decisão ou a pena, ou ordenar um novo julgamento por outro Juízo de Primeira Instância. Para tal, poderá reenviar questão de fato para aquele Juízo para despachar a questão ou lhe apresentar um relatório⁷⁷.

O acórdão será dado por maioria em audiência pública, sempre constando obrigatoriamente a posição do voto da minoria, e é facultada a exposição de uma opinião separada de qualquer juiz. Não há necessidade da presença do réu quando da emissão do acórdão⁷⁸. Ademais, em caso de recurso exclusivo da defesa, não poderá haver reforma que prejudique o acusado⁷⁹.

Tem competência também o Juízo de recursos para julgar revisão da sentença condenatória ou da sua pena. Presentes os motivos do artigo 84.1⁸⁰, poderá convocar novo julga-

74 Artigo 21.1. do Estatuto de Roma.

75 Artigo 81.1 do Estatuto de Roma.

76 Artigo 82.1: Em conformidade com o Regulamento Processual, qualquer uma das Partes poderá recorrer das seguintes decisões: a) Decisão sobre a competência ou a admissibilidade do caso; b) Decisão que autorize ou recuse a libertação da pessoa objeto de inquérito ou de procedimento criminal; c) Decisão do Juízo de Instrução de agir por iniciativa própria, nos termos do parágrafo 3o do artigo 56; d) Decisão relativa a uma questão suscetível de afetar significativamente a tramitação equitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento, e cuja resolução imediata pelo Juízo de Recursos poderia, no entender do Juízo de Instrução ou do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, acelerar a marcha do processo.

77 Artigo 83.1 e 83.2 do Estatuto de Roma.

78 Artigo 84.4 e 84.5 do Estatuto de Roma.

79 Artigo 84.2, *in fine*, do Estatuto de Roma.

80 Artigo 84.1. O condenado ou, se este tiver falecido, o cônjuge sobrevivente, os filhos, os pais ou qualquer pessoa que, em vida do condenado, dele tenha recebido incumbência expressa, por escrito, nesse sentido, ou o Procurador no seu interesse, poderá submeter ao Juízo de Recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos seguintes motivos: a) A descoberta de novos elementos de prova: i) De que não dispunha ao tempo do julgamento, sem que essa circunstância pudesse ser imputada, no todo ou em parte, ao requerente; ii) De tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente; b) A descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objeto de contrafação ou

mento pelo Juízo de Primeira Instância que proferiu a primeira decisão, convocar outro juízo ou poderá ele mesmo conhecer da causa, após audição das partes⁸¹.

Cabe pontuar que o Estatuto de Roma possui competência para matérias incidentais cíveis, no que tange à reparação de danos. O artigo 75 estabelece uma norma programática de busca da reparação às vítimas por meio do estabelecimento de princípios aplicáveis pelo Tribunal. Nesse intuito, poderá o Tribunal, de ofício ou a requerimento, atribuir a reparação ao condenado, ou ainda ao Fundo previsto no artigo 79⁸². Há também a previsão de indenização a condenado que cumpriu pena cuja sentença condenatória foi anulada por fatos que apontem para erro judiciário grave e manifesto⁸³.

Verifica-se que o Estatuto assume competência suplementar na indenização de reparação de vítimas, com a criação de um fundo. Tal se dá pela missão do Estatuto não somente em coibir novos fatos, mas também corrigir anteriores. Porém não há, no Estatuto, a atribuição de formação de fundo para reparação dos injustamente condenados, o que pode ser reconhecido como negligência, pois se tratando de erro originado da própria Corte, haveria necessidade do respaldo de um fundo financeiro específico. Sem a norma que institua tal fundo, a norma programática principal tende a se torna ineficaz.

Esclarecidos os pontos principais dos trâmites procedimentais na Corte, cabe analisar, o processo sob a ótica das garantias defendidas pela Teoria do Garantismo Penal. Antes disso, necessária à explanação dessa teoria no próximo capítulo.

falsificação; c) Um ou vários dos juízes que intervieram na sentença condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado atos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do artigo 46.

81 Artigo 84.2 do Estatuto de Roma

82 Artigo 79. 1. Por decisão da Assembleia dos Estados Partes, será criado um Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias. 2. O Tribunal poderá ordenar que o produto das multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o Fundo. 3. O Fundo será gerido em harmonia com os critérios a serem adotados pela Assembleia dos Estados Partes.

83 Artigo.85.2 e 85.3 do Estatuto de Roma.

2 A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO

“O juiz, como o mago da fábula, tem o sobre-humano poder de efetuar no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo sentença e verdade devem acabar coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta à verdade, reduzir a verdade à medida da sua sentença”.

(Piero Calamandrei)

A teoria garantista utilizada neste trabalho foi preconizada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Ele a elaborou com o entendimento de que não obstante o conjunto de princípios sobre os quais se funda o modelo garantista clássico, tal se deu com demasiada heterogeneidade e ambivalência, e cuja unidade depende a configuração dos diversos princípios garantistas, antes de tudo, como um esquema epistemológico, orientados a respeitar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade. Passa a Teoria, portanto, pela limitação do poder punitivo e tutela da pessoa contra a arbitrariedade⁸⁴.

Segue essa senda o significado clássico da Teoria das Garantias encontrado no Dicionário de Filosofia:

A teoria das garantias, que tem seu principal teórico em Benjamin Constant, acentua sobremaneira, em polêmica com Rousseau e com a interpretação jacobina da vontade geral, a necessidade de tutelar, no plano constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, a liberdade pessoal, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, e, finalmente, a inviolabilidade da propriedade privada. Deste modo, o problema da organização do Estado se subordina à necessidade de garantir a todos os indivíduos a liberdade do poder político, entendida aqui, seja a instauração de uma via legal no exercício do poder, seja a afirmação de uma esfera de autonomia do indivíduo que o Estado não poderá legalmente violar⁸⁵.

A Teoria das Garantias de Ferrajoli reformula o significado clássico e indica um sistema de técnicas de tutela dos direitos fundamentais, sejam direitos negativos, como os de liberdade, que correspondem a proibições de lesão, sejam positivos, como os direitos sociais, que correspondem a obrigações, através de garantias do indivíduo⁸⁶.

Desses direitos decorrem expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem

84 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 34.

85 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. ver e amp. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 250.

86 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. p. 187.

obrigações de prestação ou proibição de lesão, consideradas garantias primárias, ou a reparação ou sancionamento judicial, que constituem as garantias secundárias. A inexistência de garantias para efetivação dos direitos, em suma, leva a uma lacuna que acarreta a inobservância dos direitos declarados⁸⁷.

O autor italiano apresenta três significados para a Teoria: modelo normativo de direito, com limites e vínculos constitucionais; teoria jurídica e crítica do direito; e filosofia política⁸⁸.

Pela primeira, designa um modelo normativo de direito, baseado em um constitucionalismo garantista. Este é marcado pela positivação dos princípios que subjazem toda a produção normativa, a fim de estabelecer um sistema de limites impostos para garantir a efetivação dos direitos de igualdade e de liberdade que, quando violados, geram no ordenamento antinomias anuláveis⁸⁹.

Na segunda acepção, a teoria garantista designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também com relação à existência ou vigência das normas. Nessa linha de orientação, a palavra garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o *ser* e o *dever ser* no direito, incluindo uma questão teórica central, baseada na divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos e práticas operativas⁹⁰.

Segundo Schorr, “o *dever ser* está relacionado às questões constitucionais, enquanto que o *ser* é vinculado às legislativas. Quando temos uma antinomia ou uma lacuna, havidas por normas inválidas ou omissões na sua produção, temos, por consequência, o direito constitucionalmente ilegítimo”⁹¹.

Em um terceiro sentido, o garantismo designa uma filosofia política que desperta no direito uma carga de justificação externa conforme os bens e interesses cuja tutela e garantia

87 FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 26.

88 Idem, **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 851-853.

89 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

90 Ibidem.

91 SCHORR, Janaína Soares. **O estado moderno e sua democratização: um processo ainda em andamento**. Ijuí, 2016. Disponível em:

<https://www.unijui.edu.br/Portal/Modulos/modeloInformacoes/?RH5sv44knZhFMK3qARF6zZdE0eF6wpdiPn mCIBzvb mQheewBbz mMnOJ69fkr6sR03flsvDSImqj2Iu9RpwJSbQ__IGL__=#> Acesso em: 14 mai. 2017.

constituem suas finalidades. Pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre um ponto de vista interno e outro externo⁹².

Essas três acepções são, segundo a concepção do autor, de alcance teórico e filosófico a todos os ramos do Direito, pois delinham os elementos de uma teoria geral do garantismo, tais quais: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito, a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior, e a distinção entre ponto de vista ético-político e ponto de vista jurídico e a correspondente divergência entre justiça e validade⁹³.

Ao abordar o modelo normativo acima descrito, importante entender que o Estado de direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, submete-se a um regime de direito. Então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos à salvaguarda de uma ação estatal abusiva⁹⁴.

Neste diapasão, explica Janaína Soares Schorr que a função do Estado, a partir do contrato social, é servir à comunidade, garantindo-lhe segurança, mas, igualmente, fazendo dela um espaço melhor e formado por seres humanos que possuam o acesso a seus direitos e a possibilidade de bem viver⁹⁵.

O modelo jurídico garantista busca justamente a complementação do positivismo jurídico, com a vinculação e a limitação dos poderes públicos e privados, embasando-se para isso nos direitos fundamentais, defendendo o seu respeito e atendimento e não se permitindo que eles possam ser atingidos ou diminuídos por qualquer motivo⁹⁶.

Em seguida, verifica-se que Ferrajoli entende o Estado de Direito como um ordenamento onde todo o exercício de poder está submetido a vínculos formais e substanciais

92 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 853.

93 Ibidem, p. 854.

94 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 91-92.

95 SCHORR, Janaína Soares. **O estado moderno e sua democratização: um processo ainda em andamento**. Ijuí, 2016. Disponível em: <https://www.unijui.edu.br/Portal/Modulos/modeloInformacoes/?RH5sv44knZhFMK3qARF6zZdE0eF6wpdiPn mCIBzvbmQheewBbzmMnOJ69fkR6sR03flsvDSImqj2Iu9RpwJSbQ__IGL__=#> Acesso em: 14 mai. 2017.

96 COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, nº 14, p. 409-421, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/423>> . Acesso em 14 mai. 2017.

de legalidade, consubstanciados em uma Constituição⁹⁷. Entende como vínculo formal, pelo princípio da legalidade, a força pela qual todo poder público está subordinado à leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício de seu poder; e como vínculo substancial, a funcionalização de todos do poderes do Estado à garantia dos Direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da limitação constitucional⁹⁸.

Para tal eficácia, consoante a segunda acepção da teoria, já demonstrada, exige-se a existência de mecanismos de invalidação e reparação de eventuais desvios, podendo-se medir a bondade de um sistema constitucional por mecanismos de invalidação e reparação idôneos para assegurar a normatividade dos mencionados direitos. Daí a máxima de que uma constituição pode ser avançadíssima pelos princípios e direitos sancionados, e, no entanto, não passar de um pedaço de papel, se carece de técnicas coercitivas⁹⁹. Em outro sentido, o grau de garantismo é medido pelo grau de efetividade das normas constitucionais em planos inferiores¹⁰⁰.

O autor associa o Estado de direito à legalidade em sentido lato, que possui sua validade pelo aspecto formal, e à legalidade estrita, caracterizado por sua validade substancial. Esta abrange a funcionalização dos poderes do Estado a serviço das garantias dos cidadãos mediante a incorporação limitativa, em sua constituição, das lesões aos direitos fundamentais, e de satisfação dos direitos sociais. Esta última é sinônimo de garantismo¹⁰¹.

Essas garantias, que dão nome à teoria, “são as obrigações ou as proibições correspondentes a expectativas positivas ou negativas: primárias aquelas correlatas às expectativas nas quais constem os direitos subjetivos; secundárias aquelas correlatas às expectativas de reparação ou sanção de suas violações”¹⁰².

Na seara do Direito Penal, a função do Estado como garantidor se revela ainda mais imponente. Isso, pois atua sobre os bens jurídicos mais importantes, por isso chamada sua aplicação de *ultima ratio*. Conquanto, e por este motivo, ainda aplica as penas mais severas,

97 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 695.

98 Ibidem, p. 856.

99 FERRAJOLI apud NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Novo Direito Internacional: aportes relacionados ao constitucionalismo multinível de Ferrajoli. **Revista InterAção**, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/12709> > Acesso em: 11 mai. 2017.

100 NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Novo Direito Internacional: aportes relacionados ao constitucionalismo multinível de Ferrajoli. **Revista InterAção**, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/12709> > Acesso em: 11 mai. 2017.

101 Op. Cit, p. 856-857.

102 FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 61.

que recaem primordialmente sobre as liberdades do indivíduo. Por isso é que a teoria garantista aplicada a tal ramo jurídico revela especialidades, que serão tratadas a seguir.

2.1 A TEORIA GARANTISTA APLICADA AO DIREITO PENAL

A seara em que se tem mais produzido a extensão do significado de garantias é sem dúvida o Direito Penal. A expressão “garantismo”, no sentido estrito de “garantismo penal”, nasceu na década de setenta como reação teórica à legislação e jurisdição de exceção, que desde então tem reduzido de diferentes modos o já fraco sistema de garantias do devido processo¹⁰³.

Quando da efetivação dos objetivos no processo penal, verifica-se a complexidade do processo judicial, posto que o Direito é um universo linguístico artificial. Nessa senda, a cognição sobre o caso-a-caso deve se dar através da estipulação e observância de técnicas apropriadas de formulação e aplicação das leis aos fatos julgados, sendo fundamentação judicial convalidável ou invalidável, mediante controles lógicos e empíricos. O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático¹⁰⁴.

A Teoria do Garantismo Penal possui desejo normativo nesse sentido, com três diferentes abordagens: no plano epistemológico, se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade; no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à vontade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos¹⁰⁵.

Neste último plano, o modelo é defendido a partir de dois elementos, relacionados ao Direito Penal material e ao processual, respectivamente. O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este rege duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidos¹⁰⁶.

103 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. p. 187.

104 Idem. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 70.

105 NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Novo Direito Internacional: aportes relacionados ao constitucionalismo multinível de Ferrajoli. **Revista InterAção**, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/12709> > Acesso em: 11 mai.2017.

106 Op. Cit. p. 34.

O elemento processual é marcado pelo cognitivismo processual que determina a correta punição do desvio. Este requisito afeta os pronunciamentos judiciais no que diz respeito às razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito, assegurado pela chamada estrita jurisdicionariedade, exige, por sua vez, verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e sua comprovação empírica através das garantias impostas¹⁰⁷.

Na busca de um sistema que abrangesse esses dois planos, Ferrajoli delineou um sistema paradigmático, chamado Sistema Garantista (SG). Ele se embasa na ideia de que é unicamente a natureza do meio que garante consequência do fim¹⁰⁸. Para tal foi delineado um conjunto de axiomas (A) numerados, que assim o compõem:

- A1 Nulla poena sine crimine;
- A2 Nullum crimen sine lege;
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate;
- A4 Nulla necessitas sine injuria;
- A5 Nulla injuria sine actione;
- A6 Nulla actio sine culpa;
- A7 Nulla culpa sine iudicio;
- A8 Nullum iudicium sine accusatione;
- A9 Nulla accusatio sine probatione;
- A10 Nulla probatio sine defensione¹⁰⁹.

A escolha do autor pelo método axiomático se deu, segundo Andre Karam Trindade, em virtude do caráter artificial da linguagem do Direito. Explica que Ferrajoli pretendeu com o método alcançar justamente a univocidade e a precisão da linguagem teórica jurídica, e valorizou a teoria axiomatizada do Direito por estar aberta para desenvolvimentos posteriores, através da modificação, substituição e aperfeiçoamento de seus postulados e definições¹¹⁰.

Ferrajoli ainda aponta outras vantagens de natureza epistemológica no emprego do método: sua estrutura sintática e narrativa revela a interdependência da democracia, a partir da relação que se estabelece entre democracia e o Direito, e entre o Direito e a razão; sua coerência interna explica o caráter normativo do Direito consigo mesmo e torna visíveis as divergências com a realidade; a elasticidade de seu discurso teórico, cujo objeto abarca desde os conceitos mais genéricos e elementares até os mais específicos e complexos; a dupla refundação epistemológica da ciência jurídica, que permite tanto a unificação dos diversos

107 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. p. 36.

108 Ibidem, p. 608.

109 Ibidem, p. 93.

110 TRINDADE, André Karam. A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do “Seminário de Bréscia” e da discussão sobre *Principia Iuris*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 103. p. 111-137. jul./dez. 2011

setores do conhecimento do direito quanto a compreensão da teoria da democracia¹¹¹.

A abrangência do método também se dá pela disposição em axiomas que refletem princípios clássicos do Direito Penal, sendo seis relativos ao direito material: princípio da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade e da culpabilidade; e quatro representantes do direito processual: princípio da jurisdição, do processo acusatório, do ônus da prova à acusação e do contraditório.

Estes axiomas representam dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro estatal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório, mediante procedimentos legalmente preestabelecidos¹¹².

Cada uma das implicações deonticas ou princípios de que se compõe o modelo enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena¹¹³.

Ainda, esse sucedâneo de assertivas é inderivável entre si, mas pode ser encadeado de maneira que cada um dos termos implique por sua vez o sucessivo¹¹⁴. Isso é verificável ao observar que cada axioma é finalizado com o termo do subsequente.

Porém, essa ordem pode ainda alterar-se, e os axiomas se combinarem aleatoriamente, donde derivariam mais 45 teoremas (T), originando novas teses para a Teoria. Com isso, poderíamos ter, por exemplo, as teses *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine necessitate*, *nulla poena sine iniuria*, *nulla poena sine defensione*, *nullum crimen sine necessitate*, *nullum crimen sine culpa* ou *nullum crimen sine defensione*¹¹⁵, gerando uma implicação diferente. Dito isto, o modelo perfeito alcançaria tanto a completude linear, qual seja, respeito aos axiomas básicos, quanto à derivada, representada pelos 45 teoremas.

Não o alcançando, há sistemas que se aproximam ou se distanciam, podendo subtrair uma ou mais garantias. Resultam disso modelos penais diversos que podem ser agrupados em

111 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: una discusión teórica. In **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 31, pp. 393-434, 2008. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa-2/>> Acesso em 30 jun.2017.

112 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 103.

113 Ibidem, p. 92.

114 Ibidem p.94.

115 Ibidem, p; 94.

grandes grupos ao serem classificados como de processo penal autoritário, de direito penal autoritário, ou ainda modelos punitivos irracionais.

No caso do processo penal autoritário, pode ser tanto o chamado sistema de mera legalidade, que deriva da ausência da subtração dos princípios da prova e do direito de defesa (axiomas A9 e A10)¹¹⁶, ou ainda de sistema “sem acusação separada”, que não vige sob a proteção da imparcialidade do juízo, caracterizador do método inquisitório, portanto carente do axioma A8¹¹⁷.

Já em relação aos modelos de direito penal autoritário, estes se caracterizam tanto pela ausência de culpabilidade (A6), quando chamado de modelo objetivista, quanto subjetivista, quando ausentes as garantias da materialidade da ação (A5), a lesividade do fato (A4) ou da necessidade (A3)¹¹⁸.

Em um patamar ainda mais distante do sistema ideal, temos os modelos considerados como punitivos irracionais: o sistema “sem delito”, carente do princípio da retributividade (axioma A1); o sistema “sem juízo”, caracterizado pelo estado policial e ausente a garantia do axioma A9; assim como o sistema “sem lei”, onde é inexistente o princípio da legalidade (axioma A2) e pode ser chamado de “justiça patriarcal” ou de “cádi”¹¹⁹.

Como derivação, pode haver sistemas em que vários dos princípios são ausentes, diferenciando-se então em sistemas de tendência ao direito penal máximo e direito penal mínimo, como explica Ferrajoli:

Chamo a estes dois extremos "direito penal mínimo" e "direito penal máximo", referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma *tendência* ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo¹²⁰.

116 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 98.

117 Ibidem, p. 99.

118 Ibidem, p. 99-100.

119 Ibidem, p. 102.

120 Tradução literal do trecho: “Llamo a estos dos extremos (derecho penal mínimo) y (derecho penal máximo), refiriéndome con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas. Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal mínimo o de tendencia al derecho penal máximo”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 104

Assim, um sistema de direito penal adequado é aquele considerado mínimo quando a quantidade de garantias previstas é igual às presentes no sistema SG, e conforme estas garantias sejam reduzidas, se torna mais próximo do direito penal máximo.

O jurista italiano esclarece ainda que o paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação o papel do Direito Penal de lei do mais fraco em contrapartida à lei do mais forte, que seria a que vigoraria na sua ausência da ausência do Direito. Assim a defesa do mais fraco, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu¹²¹.

Por final, o próprio autor entende que todo o sistema epistemológico produzido têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, e essa ideia corresponde a uma ilusão metafísica, pois as condições de uso do termo "verdadeiro" e os critérios de aceitação da "verdade" no processo dependem de espaços de poder insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e permitir sua redução e controle¹²².

2.1.1 As garantias procedimentais como forma de materialização da jurisdição em *strictu sensu*

O modelo teórico e normativo de Direito Penal deve buscar, através de um processo de carácter cognitivo, a verificação e comprovação empírica de determinado fato configurado como delito por meio de procedimento probatório do tipo indutivo, que exclui as valorações e permite tão somente afirmações ou negações das quais sejam predicáveis a verdade ou falsidade processual¹²³.

A fim de respeitar um processo judicial homologável pelo sistema garantista, deve ser a jurisdição respeitosa aos princípios da jurisdiccionariedade, acusatoriedade, do ônus da prova e do contraditório, representados, nessa ordem, pelos axiomas A7, A8, A9 e A10 do sistema SG. A jurisdiccionariedade, particularmente, pode ser vista tanto pelo seu viés sintético como analítico, correspondendo, respectivamente, ao seu sentido lato e estrito.

Em primeiro lugar, podemos falar em respeito à submissão em sentido lato quando respeitamos a imunidade do cidadão à intervenção deslegitimada, lesiva aos seus direitos; este respeito se dá quando a investigação e a repressão são confiados somente a um juízo imparcial

121 FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002, p. 32.

122 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso. Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 38.

123 Ibidem, p. 37.

e independente; e quando é presumida a inocência do acusado. Tais teses, sintetizadas pelo axioma *nulla poena, nullem crimen, nulla culpa sine iudicio*, não exprimem, no entanto, os procedimentos e garantias de que depende o caráter cognitivo e declarativo do juízo. Estes últimos são garantidos pelo princípio da jurisdição em sentido estrito. Enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer processo, a submissão ao sentido estrito supõe a forma acusatória de processo¹²⁴.

A jurisdiccionariedade presume a necessidade de presunção da inocência enquanto não julgado pela autoridade legitimada. Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser imputado culpado¹²⁵.

No que tange à proteção do cidadão à lesão das suas liberdades, além de um julgamento por uma autoridade constituída, para sua legitimidade é necessária independência da política:

Por isso a imposição de penas não pode ser nunca matéria de administração ou de governo; nem pode ser informada pelos critérios de discricionariedade ou de oportunidade que orientam as atividades administrativa e política. À diferença destas atividades, a função jurisdiccional não intervém em casos gerais em função de interesses gerais, mas em casos particulares e precisamente individuais. O interesse penal geral já se encontra satisfeito preventivamente pela função legislativa, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras de delito¹²⁶.

A sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e justamente a única fonte de legitimação política, exprime por isso a colocação institucional do juiz. É a garantia orgânica do acusado de ser julgado por órgão jurídico imparcial¹²⁷. Mas também há necessidade de se apreciar tal imparcialidade através da refutação de argumentos não baseados em cognição. Para tanto, o método de apreciação deve ser cognitivo, na busca

124 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 539.

125 Ibidem. p.549

126 Tradução literal do trecho: “Por eso la irrogación de penas no puede ser nunca materia de administración o de gobierno; ni puede estar informada por criterios de discrecionalidad o de oportunidad, como ocurre con la actividad administrativa y la política. A diferencia de estas actividades, la función jurisdiccional no interviene en casos generales en función de intereses generales, sino en casos particulares y, más concretamente, individuales. El interés penal general se encuentra satisfecho preventivamente por la función legislativa, a la que está confiada la definición en abstracto de las figuras de delito”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 545.

127 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 925.

de uma verdade formal. Ocorre que à apreciação judicial é imperiosa a análise do caso individual, quando há necessidade de tomada da decisão com base na conotação judicial.

Esta conotação pode ser concebida como uma regra metajurídica que prescreve a análise mais precisa e penetrante dos fatos denotados na lei, compreendendo neles todas as características acidentais, específicas ou particulares. São as circunstâncias do delito, não essenciais a ele, mas que interferem na agravação ou atenuação da pena ou na exclusão da culpabilidade. Muitas dessas circunstâncias estão preestabelecidas em lei justamente para disciplinar no grau máximo o poder equitativo do juiz¹²⁸.

Essas circunstâncias são inerentes ao Direito Penal e traduzem a individualização necessária à apreciação, sob pena de incorrer-se em um direito penal do sujeito, e não do fato. A celeuma se traduz especificamente no espaço então aberto para discricionariedade do julgador, como espaço de interpretação, podendo ocorrer a fuga da estrita legalidade preconizada pelo axioma A2:

A lei, com efeito, conota as *características essenciais* ou os *elementos constitutivos* que formam a intensão de uma figura ou conceito legal de delito e que determinam a extensão da classe dos casos individuais denotados pelo juiz como aqueles dos quais a figura legal é predicável em afirmações judiciais aceitas como verdadeiras; o juiz, por sua vez, conota as *características acidentais* e as *circunstâncias específicas*, não conotáveis nem denotáveis legalmente, que formam a intensão dos casos individuais denotados pela lei como membros da classe cuja extensão está determinada pela figura de delito por ela conotada¹²⁹.

O autor propõe a solução através da alternância entre legalidade, como forma denotativa, e equidade, de forma conotativa. Entende que a legalidade de uma afirmação judicial consiste na denotação de um fato mediante um predicado conotado pela lei como delito e em sua consequente verdade processual, enquanto a sua equidade, ou conformidade com o caso concreto, consiste na conotação do mesmo fato denotado pela lei como delito e em seu consequente conteúdo informativo particular¹³⁰.

128 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 160.

129 Tradução literal do trecho: “La ley, en efecto, connota las *características esenciales* o los *elementos constitutivos* que forman la intensión de una figura o concepto legal de delito y que determinan la extensión de la clase de los casos individuales denotados por el juez como aquellos de los que la figura legal es predicable en aserciones judiciales aceptadas como verdaderas; el juez, en cambio, connota las *características accidentales* y las *circunstancias específicas*, no connotables ni denotables legalmente, que forman la intensión de los casos individuales denotados por la ley como miembros de la clase cuya extensión está determinada por la figura de delito por ella conotada”. Ibidem. p. 158.

130 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 158.

Isso pois a valoração equitativa não se refere nunca, na realidade, ao caso em abstrato, mas sim sempre ao caso concreto e humanamente determinado. É através dela que se realiza o respeito a pessoa humana julgada. Não é somente um princípio racional e moral, mas também um princípio jurídico constitucional. E é nela onde se manifesta a sensibilidade, a inteligência e a moral do juiz¹³¹.

Fica fundamentada, então, a possibilidade de existência de uma “lacuna” conotativa, que serve para adequar o direito ao caso concreto, aceita e prescrita pela Teoria do Garantismo Jurídico. Para uma jurisdição legítima, há ainda necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a ponto de esclarecer tanto o critério da denotação pelo julgador, como a conotação. Mas para a eficiência de tais direitos, há ainda a necessidade de instrumentos de controle da jurisdição.

A existência de uma acusação em separado é a primeira das garantias processuais do sistema SG. Representada pelo axioma A8, traduzido no vocábulo *nullum iudicium sine accusatione*, relaciona a coerência com o método acusatório ao sistema ideal.

Os métodos acusatório e inquisitório apresentam finalidades diferentes e não conflitantes. Este possui como finalidade principal a punição dos culpados, enquanto aquele a tutela dos inocentes. A história do processo penal pode ser lida como o conflito entre essas duas finalidades, que na teoria seriam complementares, mas que na prática acabam por se tornar contrastantes¹³².

Estas finalidades podem ser traduzidos no modelo de organização judiciária, e consequente modelo de juiz que cada deles possui. Assim a diferença entre os dois sistemas consiste em:

Precisamente, se pode chamar de acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente, separado das partes e ao juízo como uma competição entre iguais, iniciada pela acusação à quem compete a carga da prova, enfrentada à defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida por um juiz segundo sua livre convicção. Ao inverso, chamarei inquisitório a todo sistema processual de onde o juiz procede de ofício à busca, colheita e valoração das provas, chegando-se ao juízo depois de uma instrução escrita e secreta da qual estão excluídos ou, em qualquer caso, limitadas, a contradição e os direitos da defesa¹³³.

131 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 164.

132 Ibidem. p. 604.

133 Ibidem. p. 564.

Resta claro, portanto, pelo trecho destacado, que para o autor os grandes parâmetros de diferenciação dos sistemas analisados são: equidistância do juiz, iniciativa da ação, carga da prova, contraditório, oralidade e publicidade.

Em relação ao primeiro parâmetro, há necessidade de uma relação de duas partes em disputa e uma outra parte neutra, como explica o autor italiano, parafraseando Hobbes:

Esta estrutura triádica constitui, como foi visto, a primeira senha de identidade do processo acusatório. E é indispensável para que se garanta a distância do juiz aos dois interesses contrapostos – o da tutela frente aos delitos, representado pela acusação, e o da tutela frente aos castigos arbitrários, representados pela defesa - que também correspondem aos dois fins, perfeitamente compatíveis em abstrato mas sempre conflitantes em concreto, que, como foi visto, justificam o direito penal. “As partes que estão em controvérsia”, escreveu Hobbes, “devem submeter-se à arbitragem de uma terceira pessoa”¹³⁴.

A iniciativa de ação, a seu turno, há de ser iminentemente pública. Somente através dela tem-se a garantia da igualdade dos cidadãos perante a lei, a certeza do direito penal e a tutela das partes mais fracas¹³⁵.

Além disso, deve ser obrigatória. Mas não se deve entender tal obrigatoriedade como um dever de proceder em qualquer crime, mas somente promover o juízo para qualquer notícia-crime que tiver conhecimento, mesmo que para requerer o arquivamento ou absolvição. É claro que no processo penal antigo, como a incumbência de iniciar a ação penal era da parte ofendida ou de qualquer cidadão singular, o poder de acusação não podia ser senão discricionário. Porém, com a afirmação do caráter público do direito penal e sua função de prevenção geral dos crimes além da mera vingança, também a acusação se tornou totalmente pública¹³⁶.

Assim, a obrigatoriedade da ação é somente um corolário do princípio da legalidade, ou seja, da sujeição de todo processo ao ente público, a fim de expulsar critérios arbitrários de ação; da indisponibilidade das ações penais, a fim de prevenir transações, aceitações ou

134 Tradução literal do trecho: “Esta estructura triádica constituye, como se ha visto, la primera seña de identidad del proceso acusatorio. Y es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos (el de la tutela frente a los delitos, representado por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representado por la defensa) que además corresponden a los dos fines, perfectamente compatibles en abstracto pero siempre conflictivos en concreto, que, como se ha visto, justifican el derecho penal. “Las partes que están en controversia acerca de un derecho”, escribió Hobbes, “deben someterse al arbitraje de una tercera persona”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso. Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 581.

135 Ibidem, p. 569.

136 Ibidem, p. 569.

renúncias; e do princípio da igualdade penal, que impede qualquer disparidade de tratamento dos crimes¹³⁷.

Já a carga da prova à acusação, a exigência de um processo com contraditório e necessidade de atos processuais públicos e orais são exigências que, além de pertencer ao sistema contraditório, respeitam o modelo SG. Neste caso, verifica-se a indispensabilidade do modelo contraditório em seu perfeito sentido, pois necessário para possibilitar as demais exigências garantistas, como se verá.

A carga do ônus probatório é corolário do axioma A9, que defende que não há acusação sem prova. Isto porque, primeiramente, a prova não somente é desprovida de vício regularmente originada, mas também se disposta de maneira que possibilite a refutação pela outra parte.

Primeiramente cabe ao doutrinador explicar que a base do modelo contraditório é a busca da verdade relativa ou formal, que se adquire, como em qualquer investigação empírica, através do procedimento por ensaio e erro. A principal garantia de sua obtenção se confia à máxima exposição das hipóteses acusatórias à refutação da defesa, ou seja, ao livre desenvolvimento do conflito entre as partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes, precisamente porque são titulares de interesses opostos¹³⁸.

É apostando nesse método de conflito, que se entende que o ônus da prova cabe à acusação, pois no conflito o primeiro movimento incumbiria a ela, por estar a inocência do acusado assistida pelo postulado de sua presunção até a prova em contrário. Quem a nega deve formular a acusação oferecendo prova contrária. Daí o corolário da carga acusatória da prova expressada por nosso axioma A9 (*nulla accusatio sine probatione*)¹³⁹.

Também porque, por outro lado, o postulado do ônus acusatório se relaciona com a rígida separação de papéis entre atores do processo, pois impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação, a fim de que o juiz possa julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas¹⁴⁰.

Já o direito à defesa e ao contraditório, representados pelo axioma A10 *nulla probatio sine defensione*, também estão conjugados ao modelo acusatório, pois necessitam da possibilidade da falsificação da hipótese acusatória. E esta característica é inerente ao sistema SG, pois “a epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato

137 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Ibidem. p. 570.

138 Ibidem, p. 610.

139 Ibidem, p. 610.

140 Ibidem, p. 611.

juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção da inocência, um processo de investigação baseado no conflito”¹⁴¹.

Há necessidade, no entanto, que tal disputa se dê com paridade de armas, e para tal a perfeita igualdade das partes: em primeiro lugar, que a defesa esteja dotada da mesma capacidade e dos mesmos poderes que a acusação; em segundo lugar, que se admita seu papel de contraditor em todo momento e grau de procedimento e em relação a qualquer ato probatório, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, desde os reconhecimentos até depoimentos e às acareações¹⁴².

Na busca dessa paridade, fica clara a necessidade da assistência de um defensor, para o que Ferrajoli sugere a figura do “Ministério Público de Defesa”, análogo ao da acusação, por entender que o “defensor de ofício” não passa de um simulacro, visto a atual herança de juízos inquisitórios¹⁴³.

As garantias secundárias, como dispostas pelo mesmo autor, podem ser caracterizadas como garantias das garantias. Isto porque a publicidade, a oralidade, a ritualização dos procedimentos e a motivação das decisões servem como instrumento para que se tenha uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias. A publicidade e a oralidade, por seus turnos, também são traços estruturais e constitutivos do método acusatório, já os outros dois não são restritos ao mesmo, mas essenciais a qualquer método processual¹⁴⁴.

A publicidade é aquela que assegura o controle tanto externo como interno da atividade, visto que com ela os procedimentos de formulação de hipóteses e averiguação desenvolvem-se à luz do sol, sob controle da opinião pública e, sobretudo, do imputado e do seu defensor¹⁴⁵.

Mas o autor italiano alerta para o perigo da transformação da publicidade em espetáculo do processo, o que acontece no processo misto, caracterizado por ser público e solene na fase oral, mas protegido pelo segredo na fase instrutória das investigações preliminares.

Explica que a híbrida união de segredo e repercussão comporta para o imputado tanto as desvantagens do secreto com as desvantagens do público, pois o rumor em torno do processo, enormemente acrescentado pela ambígua relação instaurada nestes anos pela mídia

141 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Ibidem. p. 613.

142 Ibidem, p. 614.

143 Ibidem, p. 615.

144 Ibidem, p. 616.

145 Ibidem, p. 616.

e atividade investigadora, é, com efeito, inversamente proporcional a efetiva cognoscibilidade dos atos processuais, que a fuga das notícias permite de forma distorcida durante a instrução e que a massa crescente das atuações judiciais impede de fazer durante o juízo¹⁴⁶. Resta assim claro que para fins de preservação da publicidade do processo, o método “misto” é tão ou mais gravoso para o réu quanto o inquisitório.

A oralidade é conexas à publicidade, porque a forma falada, implica, necessariamente, publicidade¹⁴⁷. Porém, se feita de modo parcial, caracterizado, no modelo misto, por depoimentos orais na fase de debates e escritos na fase instrutória, é, pelos mesmos motivos já expostos, danosa ao réu:

A oralidade, de fato, somente vale para garantir a autenticidade das provas e o controle do público e do imputado sobre sua informação se comporta, em primeiro lugar, o tratamento da causa em uma só audiência ou em várias audiências próximas e, portanto, sem solução de continuidade; em segundo lugar, a identidade das pessoas físicas dos juízes desde o início da causa até a decisão; em terceiro lugar, e conseqüentemente, o diálogo direto entre as partes e com o juiz para que este conheça da causa não com base em escritos mortos, mas à base da impressão recebida¹⁴⁸.

Verifica-se assim, também, pelo segundo e terceiro argumento, que a oralidade também se relaciona com a proximidade do juiz do caso particular e suas especificidades.

Também é nomeada garantia secundária a existência de formas e procedimentos segundo o qual o processo judicial está apto a garantir a satisfação e o controle de todas as outras garantias. Explica Ferrajoli, usando Francesco Carrara, que este rito procedimental serve como “freio ao juiz”, tendo como sanção natural necessária a nulidade de qualquer ato que o viole, pois um Código de Processo que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito nelas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quer fazer crer ao povo que há a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido¹⁴⁹.

146 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 618.

147 Ibidem, p. 619.

148 Tradução literal do trecho: “La oralidad, en efecto, sólo vale para garantizar la autenticidad de las pruebas y el control del público y del imputado sobre su formación si comporta, en primer lugar, el tratamiento de la causa en una sola audiencia o en varias audiencias próximas y, por tanto, sin solución de continuidad; en segundo lugar, la identidad de las personas físicas de los jueces desde el inicio de la causa hasta la decisión; en tercer lugar, y conseqüentemente, el diálogo directo entre las partes y con el juez para que éste conozca de la causa no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida”. Ibidem, p. 620.

149 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 621.

Ressalta ainda que as formas processuais de maior relevância são as que condicionam a validade das provas ao método legal de sua formação, por impedir que possa ter relevância a ciência privada do juiz aos fins de convicção de culpabilidade¹⁵⁰.

A última garantia processual de segundo grau é a obrigação de motivação das decisões judiciais. Ela reflete um corolário que engloba todos os fundamentos das garantias até agora explanadas, pois

[...] expressa, e ao mesmo tempo garante, a natureza cognoscitiva e não potestativa do juízo, o vinculando em direito a estrita legalidade e de fato, à prova das hipóteses acusatórias. Pela motivação é que as decisões judiciais resultam apoiadas, e portanto, legitimadas, enquanto verificáveis e refutáveis, ainda que seja de maneira aproximativa. Com a “validade” das sentenças resulta condicionada pela “verdade”, ainda que seja relativa, de seus argumentos, como enfim, o poder jurisdiccional não é o “poder tão desumano” puramente potestativo da “justiça do cádi”, mas que está fundada no “saber” também somente oponível e provável, mas precisamente por isso refutável e controlável pelo réu e sua defesa como pela sociedade¹⁵¹.

Essa fundamentação pode estar viciada na motivação do caso concreto, porque são vícios lógicos, censuráveis também pela cassação, não somente os que violam a lógica dedutiva da subsunção legal, mas também os que contrastam com a lógica indutiva da indução probatória: por ausência de argumentos suficientes para confirmar por *modus ponens* (modo de produzir provas no processo) as hipóteses acusatórias, ou pela presença de argumentos idôneos para invalidá-las por *modus tollens* (modo de tolerar as provas no processo), ou finalmente, por não haver sido desvirtuadas por *modus tollens* as hipóteses defensivas¹⁵².

A confirmação por estes modos nada mais é do que o método de dedução natural pelo qual, diante de duas assertivas e uma conclusão, a segunda assertiva confirma a hipótese ou a refuta, nos casos de argumentação por *modus ponens* e *tollens*, respectivamente. Como no caso de confirmação pelo primeiro método pode gerar uma verdade lógica que embasa uma hipótese explicativa falsa, utiliza-se o critério do *modus tollens* para invalidá-las¹⁵³.

150 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. *Ibidem*, p. 621.

151 Tradução literal do trecho “(.) expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaliza cognoscitiva y no potestativa del juicio vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aseveraciones, en cuanto tales verificables y refutable aunque sea de manera aproximativa; como la validez de las sentencias resulta condicionada por la verdad, aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el “poder tan inhumano” puramente potestativo de la justicia del cádi, sino que está fundado en el “saber”, también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad.”. *Ibidem*, p. 623.

152 *Ibidem*, p. 623.

153 *Ibidem*, p. 142.

Deste método há um desdobramento interessante à cognição judicial. Não há a existência nunca de dados posteriores que garantam a certeza de uma hipótese explicativa, mas somente a existência de dados que, com sua confirmação, aumenta a plausibilidade e probabilidade. Nada obstante, também não dispomos de um método de descobrimento ou de verificação, mas apenas de confirmação e falseabilidade¹⁵⁴.

Dessa realidade é que deriva a complexidade dos pronunciamentos judiciais, e sua objetivação pela refutação, subsidiada pela presunção da inocência em caso de ausência de comprovação, que acaba por ser a solução única.

2.2 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA AO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

A aplicação da teoria de Luigi Ferrajoli pode, à primeira vista, parecer impraticável na seara internacional pois, como verificado, a teoria possui o parâmetro de aplicação relacionado a uma Constituição nos moldes do sistema SG.

Assim, os direitos que resguardam esse sistema ideal estariam contidos em Constituições que legitimariam o Estado Democrático de Direito, e que por essa razão exigiriam a sujeição de todas as normas jurídicas à luz da matriz constitucional, gerando assim um sistema eficaz à manutenção das garantias.

Nesse sentido, careceria o sistema internacional de uma base legal garantista a fim de perseguir o modelo penal, como fonte de legitimação tanto no plano formal como substancial dos poderes de Estado.

Percebe-se que a grande diretriz é a proteção dos direitos fundamentais. Verificar-se-á, a seguir, se tal proteção, pode ser considerada, pela doutrina, restringida pela ausência de uma carta soberana no meio internacional.

Primeiramente, para tratar o tema faz-se importante a didática lição de Ingo Wolfgang Sarlet sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos:

Em que pese sejam ambos os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo, determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional,

154 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. *Ibidem.* p. 143.

por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, e que portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempo, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (transnacional)¹⁵⁵.

Verifica-se, *prima face*, que o tema direitos humanos não se restringe a esfera de um Estado, e sim, trata-se de matéria em nível internacional. Portanto, em princípio não carece de um pronunciamento estatal para ter sua tutela garantida, pois inerente a qualquer ser humano reconhecido com tal.

Sobre o tema, entendem Alexandre Morais da Rosa e Juliano Keller do Valle que o advento do pós-guerra no início do século anterior deu lugar a uma Nova Ordem, mais comprometida com os Direitos Humanos, passando a tipificar novos delitos internacionais que de alguma forma atingissem frontalmente a humanidade. Neste espectro, a Teoria do Garantismo Jurídico tratou de dirimir quaisquer controvérsias que pudessem advir das constituições modernas e em Declarações Universais, pois atingiu-se um novo patamar de jurisdição transnacional, fomentando novos pactos e tratados¹⁵⁶.

Também nessa perspectiva, explica Salo de Carvalho, que o advento da Organização das Nações Unidas e aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem foram os marcos a partir dos quais os direitos humanos passaram a ser considerados como direitos supraestatais e passaram a ser suscetíveis de controle público externo. Também a partir desses eventos entende Ferrajoli que, ao menos no plano normativo, houve uma grande mudança, passando esta Declaração a equivaler a um verdadeiro contrato social internacional. Existiria assim, um atual “contrato social” que transpassa fronteiras¹⁵⁷.

A mesma doutrina entende necessária a busca pela igualdade de tratamento dado entre as leis internas e a respectiva constituição e o direito internacional e as normas nacionais:

Repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional. Isso quer dizer analisar as condutas dos Estados em suas relações entre si e com seus cidadãos (as guerras, os massacres, as torturas, as agressões às liberdades, as ameaças ao meio ambiente, as condições de miséria e fome nas quais

155 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma Teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional . 9. ed. rev. atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 35.

156 DA ROSA, Alexandre Morais; DO VALLE, Juliano Keller. A possibilidade de aplicação da Teoria Garantista às decisões do Tribunal Penal Internacional. REVISTA. **Empório do Direito**. Disponível em: < <http://emporiოდireito.com.br/a-possibilidade-de-aplicacao-da-teoria-garantista-as-decisoes-do-tribunal-penal-internacional-por-alexandre-morais-da-rosa-e-juliano-keller-do-valle/> >. Acesso em 02 jun.2017.

157 CARVALHO, Salo de. Os Fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma**: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-95.

vivem enormes multidões de seres humanos) interpretando-as não como simples “injustiças”, quando comparadas com uma obrigação utópica de ser moral ou política, mas sim como violações jurídicas reconhecíveis em relação à obrigação de ser do direito internacional vigente, tal como ele já está vergado em seus princípios fundamentais¹⁵⁸.

Para tal, Ferrajoli sugere a criação de uma constituição global, com superação das barreiras da supremacia das soberanias estatais. Com base naquela constituição, poderão então se basear os sujeitos a fim de determinar seus direitos:

Decerto é verdade que esse paradigma nasceu e ficou até agora amarrado à forma constitucional de Estado-Nação. Porém, essa ligação entre Estado, constituição e garantias dos direitos fundamentais é totalmente contingente e não reflete nenhuma necessidade do tipo teórico. O modelo garantista do Estado constitucional de direito, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, pelo contrário, tem validade seja qual for o ordenamento¹⁵⁹.

Do exposto decorre a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ela introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos: universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos; indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa¹⁶⁰.

Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada¹⁶¹. É nesse sistema que estão previstas várias das garantias que podem servir de panorama universal de devido processo legal. O próprio artigo IX já pugna pela necessidade de um juízo legítimo para realizar a privação da liberdade, ao dispor que ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado¹⁶². Trata-se de corolário da já demonstrada jurisdição em sentido lato.

No entanto, além de um juízo, há necessidade de um julgador imparcial e independente, pois trata-se de um dos requisitos da estrita jurisdiccionariedade, também já

158 FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Nascimento e crise do Estado moderno. Tradução: Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho. Revisão da tradução: Karina Janini. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46.

159 Ibidem. p. 53.

160 PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000.

161. Ibidem.

162 ONU. Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

comentada. Esta garantia mereceu disposição no artigo X da Declaração: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. Podemos ainda encontrar a prescrição da presunção da inocência e da legalidade estrita do delito no artigo XI:

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso

Como se verifica, são dispostos na declaração princípios que enunciam garantias preconizadas pelo sistema SG, pois a necessidade de um juiz imparcial e independente, assim como a presunção da inocência, são características inerentes à jurisdição em sentido lato, encontrada no axioma A7. Já o axioma A2 é representado pela asserção do disposto no artigo XI, item 2, qual seja, a estrita legalidade.

Do exposto, pode-se concluir sobre a existência de um sistema internacional que prima pela proteção dos direitos humanos. Este sistema encontra-se guardado por uma espécie de “constituição global”, afrontando os antigos conceitos de soberania, visto que o novo sistema de normas internacionais vincularia todos os estados signatários, sendo a Declaração dos Direitos do Homem, capítulo de uma evidente Constituição de todos os povos, que ainda não existe como lei formalizada, mas que orienta superiormente a captação do direito¹⁶³.

Nesse raciocínio é que se conclui que a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser considerada a base sobre a qual estrita jurisdicionariade no processo penal internacional se debruça, com visão pela preservação das garantias do acusado e baseada no caráter vinculante que ela possui sobre seus signatários.

O processo penal, na visão de Ferrajoli, deve ser exercida com separação da Democracia, isso pelo fato de que o exercício do Poder Judiciário, nas suas funções judicantes ou de postulação, incide sobre as liberdades do cidadão enquanto indivíduo, e para um

163 LYRA FILHO apud CARVALHO, Salo de. Os Fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-95.

indivíduo o fato de que tal poder seja exercido pela maioria não representa por si só uma garantia¹⁶⁴.

Posto este último motivo, sem óbice do admirável ideal de responsabilização dos graves crimes previstos no Estatuto de Roma, aclamado por majoritária população mundial, cujo ideário pertence à própria Declaração Universal de Direitos Humanos, deve-se privilegiar no TPI o processo legítimo, como qualquer outro.

Também, em relação à aplicação ao Brasil do Tribunal Internacional, não pode a égide da Teoria garantista ser cerceada. Isso, pois a aplicação garantista implica tratamento que concede como absolutos os direitos fundamentais, e o tratamento suplementar da corte busca justamente a efetividade destes direitos no território nacional, o que ocorre em perfeita consonância com os dispositivos constitucionais¹⁶⁵.

Apresentado o parâmetro almejado e sua aplicação, passar-se-á à comparação dos sistemas brasileiro e internacional, para que se possa elucidar, na prática, a dimensão na qual o ideário do devido processo é atingido.

164 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 544.

165 DA ROSA, Alexandre Morais; DO VALLE, Juliano Keller. A possibilidade de aplicação da Teoria Garantista às decisões do Tribunal Penal Internacional. REVISTA. **Empório do Direito**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-possibilidade-de-aplicacao-da-teoria-garantista-as-decisoes-do-tribunal-penal-internacional-por-alexandre-morais-da-rosa-e-juliano-keller-do-valle/>>. Acesso em 02 jun.2017.

3 A (DES)APROXIMAÇÃO DOS PROCESSOS AO SISTEMA GARANTISTA

“Cada vez que um acusado inocente tem razão para temer a um juiz, quer dizer que isto se faz fora da lógica do estado de direito: o medo e também a simples desconfiança e a não segurança do inocente indicam a quebra da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam”.

(Luigi Ferrajoli)

Apresentado o modelo normativo de Direito de Ferrajoli, SG, é possível traçar a aproximação ou distanciamento dos ordenamentos existentes. Isso porque, como explica o autor, por tratar-se de um modelo limite, será preciso falar de graus de garantismo e também distinguir o modelo constitucional e o funcionamento dos sistemas¹⁶⁶.

Do Sistema Garantista se podem subtrair um ou mais axiomas quaisquer e originar assim uma quantidade diversificada de tipos de sistemas penais. Na prática, o número destes sistemas se reduz notavelmente quando se considera que muitas garantias pressupõem outras, e, portanto, a falta de uma delas faz sucumbirem outras, ou ainda, as faz debilitadas¹⁶⁷.

Nessa seara, a partir da premissa dos três significados do sistema SG, pode-se falar que, ao menos em relação ao modelo normativo de direito é, possível aplicá-lo de maneira universal. Isso porque, embasado em um direito majoritariamente escrito, é possível auferir que há um ordenamento já existente, seja na ordem jurídica brasileira ou internacional, que pode ser contrastado com o sistema preconizado.

A partir do corte teórico que aparta a aceção crítica e filosófica do Direito, pode-se de maneira técnica debruçar sobre o plano jurídico, a fim de enfrentar no plano normativo de direito as questões mais controversas ao tema das garantias processuais.

Com essa convicção, tentar-se-á retirar alguns aportes das normas previstas no ordenamento brasileiro, assim como do processo no TPI, a fim de identificar aproximação ao modelo normativo do sistema SG, sempre em vista dos ditames da Constituição Brasileira e da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

166 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 852.

167 Ibidem, p. 97.

3.1 A ESTRUTURA JUDICIAL COMO DIREITO: AS GARANTIAS ORGÂNICAS E OS INSTRUMENTOS GARANTISTAS

A primeira das garantias orgânicas que fazem um sistema se aproximar de um sistema SG perfeito é a jurisdição em sentido lato. Ela presume a atribuição exclusiva da potestade judicial a um corpo de juízes ordinários, não sendo admitidos juízes extraordinários nem especiais, constituído por um poder independente e dotado de autogoverno¹⁶⁸. Tal se exige para um corpo jurídico imparcial.

Nessa senda, no que tange à independência podemos verificar que no plano normativo a Constituição Brasileira prevê, em seu segundo artigo, a independência e harmonia entre os três poderes¹⁶⁹. Também o artigo 5º da nossa Carta Magna determina os direitos individuais fundamentais. Nele está disposta a vedação ao juízo de exceção¹⁷⁰, a consagração da exclusividade de apreciação pelo Judiciário e seu corolário do devido processo legal, assim como a vedação à prisão ilegal e o remédio constitucional para seu combate, o *habeas corpus*.

Também o Código de Processo Penal Brasileiro¹⁷¹ permite a invocação de exceção de suspeições de incompatibilidade e impedimentos no seu artigo 112, assim como de suspeição, no seu artigo 95, a fim de garantir a imparcialidade do julgador. Tais parcialidades se dão em caso de interesse do próprio julgador, ou de parentes próximos, no resultado do processo, ou ainda da participação anterior do mesmo em etapas do processo. Também o parentesco dos magistrados entre si, presume afetar a parcialidade¹⁷². A exceção se dará não somente em relação ao juiz, mas também ao promotor, perito, intérpretes ou servidores da Justiça¹⁷³ que tenham qualquer tipo de ingerência sobre o processo.

168 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 732.

169 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 02 jun.2017

170 Art. 5º (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;.

171 BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 02 jun.2017.

172 Artigos 252 e 253 do CPP tratam das hipóteses de impedimento, assim como o artigo 254 trata das hipóteses de suspeição.

173 Artigos 258 e 274 do Código de Processo Penal brasileiro.

Quando comparamos com o Tribunal Internacional, verificamos que também há uma norma que visa garantir a imparcialidade, nos ditames do disposto no artigo X da Declaração dos Direitos do Homem, já mencionada. Sem embargo, o Estatuto de Roma busca também, com o disposto no seu artigo 40¹⁷⁴, juízes independentes.

Para assegurar neutralidade, o Tribunal segue o mesmo caminho do Código Processual brasileiro e utiliza o instituto da exceção por impedimento e por suspeição. Mas no caso internacional, serão considerados suspeitos os juízes nas hipóteses de envolvimento em processos anteriores, no âmbito do tribunal ou âmbito nacional, que tenha envolvido a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal, como também em caso de relação profissional ou subordinação com qualquer das partes¹⁷⁵.

A novidade prevista aqui é o impedimento em caso da expressão de opiniões, através dos meios de comunicação, que poderiam afetar adversamente a necessária imparcialidade da pessoa em causa¹⁷⁶.

Trata-se de uma herança do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que segundo Aury Lopes Júnior, desde o caso Piersack, de 1982, entende que o impedimento subjetivo alude à convicção pessoal do juiz no caso concreto, que conhece um determinado assunto e, desse modo, a existência de “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade, podendo ser considerada subjetiva ou objetiva. Essa exceção tem grande importância porque se o juiz tem o que se chama de “uma ideia sobre a pequena história do processo”, sem intensidade suficiente, ainda que inconscientemente ou mesmo até certamente, exige-se seu afastamento¹⁷⁷.

Estes instrumentos de controle objetivam causar uma resposta ao processo a fim de invalidarem atos que não condigam com as finalidades de legitimidade. Para tal, tanto o Código de Processo Penal brasileiro quanto o Estatuto de Roma possuem a previsão de decretação de nulidade de atos que afrontem elementos básicos de um devido processo legal, quais sejam, vício processuais ou orgânicos.

174 Artigo 40.1. Os juízes serão independentes no desempenho das suas funções. 2. Os juízes não desenvolverão qualquer atividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência. 3. Os juízes que devam desempenhar os seus cargos em regime de exclusividade na sede do Tribunal não poderão ter qualquer outra ocupação de natureza profissional. 4. As questões relativas à aplicação dos parágrafos 2o e 3o serão decididas por maioria absoluta dos juízes. Nenhum juiz participará na decisão de uma questão que lhe diga respeito. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm >. Acesso em 30 Mai.2017.

175 Artigo 41.2 do Estatuto de Roma combinado com o a regra 34 das Regras e Procedimentos do Tribunal de Haia, sendo este último documento disponível em: < <https://www.icc-cpi.int/Pages/Home.aspx> > Acesso em 01 jun. 2017.

176 Item 1, alínea “d” da Regra 34 das Regras e Procedimentos do Tribunal de Haia.

177 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 326.

O ordenamento brasileiro prevê um rol extensivo de atos suscetíveis à declaração de nulidade, porém remete à necessidade de prejuízo a uma das partes para que seja considerada nula¹⁷⁸. Ou seja, a nulidade pode ser considerada relativa, pois pode ou não acarretar prejuízo, dependendo do caso concreto. Essa categorização é oriunda do Direito Civil e imprestável ao Processo Penal, em virtude de tratar a nulidade como interesse da parte, ou de seu prejuízo, e o Processo Penal na verdade é de interesse público, pois trata das garantias fundamentais¹⁷⁹.

Já o Estatuto não prevê a distinção entre nulidades absolutas ou relativas, mas sim a possibilidade de anulação ou sujeição a novo julgamento de decisão que tenha sua regularidade afetadas por erro de fato, de direito ou vício processual¹⁸⁰, assim como a possibilidade de revisão de sentença quando da descoberta de elementos que caracterizem conduta reprovável ou descumprimento de deveres que justifiquem o impedimento de um magistrado julgador¹⁸¹.

Além das garantias orgânicas já expostas, percebe-se a axiologia do Estatuto na busca por um processo legítimo ao impor sua complementariedade condicionada. Como já exposto, o Estatuto busca justamente a intromissão da Corte nos Estados-Parte nos casos em que entender que os julgamentos ocorreram de maneira parcial, ou até mesmo não ocorreram, por questões políticas.

Já as garantias instrumentais são de importância significativa, no sentido de que, partindo da jurisdição *lato sensu*, propiciam institutos que dão suporte à eficiência dos princípios norteadores da jurisdicionabilidade em sentido estrito.

A primeira delas, na ordem de Ferrajoli, é a publicidade dos atos judiciais. Sua importância reside na possibilidade de controle público e pelo acusado de todo o desenrolar do processo¹⁸².

Tanto no Brasil quanto no TPI¹⁸³ a regra é das audiências públicas, ressalvados os casos de impossibilidade ou sigilo. A divergência ocorre no sentido da intenção proclamada pelas normas que dizem respeito às exceções.

178 Art. 563 do CPP: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

179 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 939

180 Artigo 83.2 do Estatuto de Roma.

181 Artigo 84.1, alínea “c” do Estatuto de Roma.

182 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 732.p. 616.

183 Artigo 64.7, que trata da audiência de julgamento traz as exceções à publicidade, porém o artigo 83 do Estatuto de Roma, que trata do julgamento de recursos, é omissivo.

No caso brasileiro, por imposição constitucional, elas se dão em caso de defesa da intimidade ou interesse social, desde que não prejudique o interesse público à informação¹⁸⁴. Disso se impõe o sigilo notadamente quando se trata de exposição da intimidade das vítimas em crimes sexuais, nos termos do art. 234-B do Código Penal, assim como os que envolvam menores, como protege o artigo 143 do Estatuto de Criança e do Adolescente.

Relativo ao interesse social, também cabe à legislação esparsa e a análise jurisprudencial o entendimento de sua amplitude, pois não há uma definição expressa. Encontramos disposições que vão tanto pelo entendimento do interesse público como da eficiência da produção probatória, mais especificamente no artigo 20 do CPP e parágrafo 6º do artigo 4º da lei 12.850/2013. São disposições que admitem o sigilo no inquérito policial e nas investigações contra organizações criminosas.

O TPI aborda o sigilo na investigação preliminar da mesma forma. A alínea “e” do artigo 54.3 do Estatuto de Roma prevê a possibilidade da não divulgação, em qualquer fase do processo, de documentos ou informações obtidos com a condição de preservação do caráter confidencial, que tenham como objetivo único obter novas provas.

Em audiência de confirmação também poderá haver a determinação de diligências a serem efetuadas à porta fechada, a fim de preservar informação confidencial ou restrita que venha a ser apresentada como prova, previsão no artigo 64.2 do mesmo Estatuto. Nesse mesmo último artigo há previsão de diligências em sigilo com o fim de proteção às vítimas e testemunhas do processo.

Verifica-se assim a mesma função axiológica das restrições impostas tanto no TPI quanto no Brasil: preservação da intimidade de vítimas e eficiência da persecução penal. Cabe à jurisprudência realizar a abertura ou fechamento desses termos a fim de compatibilizar, caso a caso, com o interesse público pela informação.

A oralidade, identicamente perseguida por Ferrajoli, vem disposta também de maneira parecida nos dois sistemas. Por se tratarem de “subsistemas mistos”, como já dito, dotados de sigilo parcial, carecem de oralidade na fase pré-processual. Após o recebimento da denúncia, No Brasil prevalece um sistema parcialmente oral. Apesar da denúncia, da resposta à acusação e das decisões judiciais serem ordinariamente escritas, há espaço para uma audiência com depoimentos e alegações orais¹⁸⁵. Já no TPI, ao passar por um pré-julgamento estritamente

184 Artigo 5º, inciso LX e artigo 93, IX, da Constituição Federal.

185 Artigo 204, 403 do processo comum ordinário, previsto, e artigos 411, parágrafo único e §4º, do rito do Júri, artigos 531 e 534, do rito sumário, no CPP.

escrito¹⁸⁶, a fase processual se dá com depoimentos orais, mas a decisão novamente por escrito¹⁸⁷.

As atividades judiciárias, sobretudo probatórias, devem se realizar segundo formas e procedimentos predeterminados por lei, com sua consequente nulidade, em caso de inobservância. Nessa senda, as formas processuais que possuem maior relevância são aquelas que condicionam a validade das provas ao método legal de sua formação¹⁸⁸, pois a elas são atribuídas a modificação do *status quo ante* processual.

Ao relacionar o método de formação, Ferrajoli se dirige tanto à prova ilícita quanto à ilegítima. Isso porque, como doutrina Maria Thereza de Assis Moura, a distinção de prova ilegítima em relação à ilícita se dá porque a primeira é relacionada à violação de normas procedimentais, no momento de sua produção em juízo, já a segunda, à violação às normas materiais ou constitucionais fora do processo¹⁸⁹. Portanto, ambas se relacionam à produção sem respeitar os limites legais.

Nesses dois assuntos, enxergamos novamente similitudes entre os sistemas processuais analisados. Em âmbito nacional são proibidas, por imposição constitucional, no inciso LVI do artigo 5º, as provas produzidas por meios ilícitos, e há atribuição de nulidade à produção de provas produzidas em desrespeito à norma procedimental, nos termos do inciso III do artigo 564 do CPP.

Assim também há previsão no Estatuto de Roma, artigo 69.7, a inadmissão de provas que afrontem o Estatuto e as normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas. O ponto crucial dessas normas é a necessidade de comprovação de prejuízo à parte, no caso brasileiro¹⁹⁰, e ao processo, no caso do Tribunal Internacional¹⁹¹. São novamente previsões que contrariam o caráter público do processo penal, pois, como já foi dito, a sanção natural é a nulidade de qualquer ato que viole as normas materiais ou procedimentais.

A prevalência da ritualidade dos atos também coaduna com o dever de motivação dos atos, porque, assim como aquele, vincula-se à estrita legalidade. O dever de fundamentação,

186 Artigo 61 do Estatuto de Roma.

187 Artigos 64.6 alínea “b” e 74.5 do Estatuto de Roma, respectivamente.

188 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 621.

189 MOURA apud LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 394.

190 Artigo 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

191 Artigo 69.7: Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando: a) Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou b) A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.

exprime a natureza cognitiva em vez de potestativa do juízo, vinculando-o também às hipóteses acusatórias¹⁹².

A fundamentação do magistrado se revela instrumental a respeito da defesa, mas também a respeito da presunção da inocência e à submissão exclusiva do juiz à lei. A obrigação da motivação de todas as decisões judiciais se faz imponente particularmente quando diz respeito às restrições de liberdade pessoal¹⁹³.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira prevê no inciso IX do artigo 93 a necessidade de fundamentação de todas as decisões. Assim também prescrevem os artigos 74.5 e 83.4 do Estatuto de Roma, que tratam dos requisitos da decisão da primeira instância e de recursos, respectivamente. Ainda, no caso internacional, por se tratar sempre de voto de colegiado, há menção expressa da necessidade de se consignar a posição minoritária no acórdão.

Nesse aspecto a previsão do §1º do artigo 6º da lei 12.694/2012, apesar de possuir redação mais recente, é menos progressista em relação ao Estatuto Internacional. Isso porque a norma, que trata da criação de colegiado em grau inicial, para julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, em sua redação inibe a menção dos votos dissidentes no parágrafo citado. Sobre a situação, Aury Lopes Júnior:

É direito das partes terem integral conhecimento da decisão de cada um dos membros do colegiado e de todos os fundamentos utilizados, para acolher ou rechaçar o pedido. Decorre da garantia da motivação das decisões previsto no art. 93, IX, da Constituição. De nada serviria o mandamento constitucional de que “todas as decisões devem ser fundamentadas” se as partes não tivessem amplo acesso à fundamentação. Ademais, determina o mesmo dispositivo legal que “todos os julgamentos serão públicos”. Mais do que uma mera publicidade do ato, no sentido de acessibilidade física, o que está determinando a Constituição é a “possibilidade” do conteúdo do julgamento. As decisões devem ser motivadas e acessíveis os fundamentos para os interessados. Não há como conciliar a garantia constitucional com essa “ocultação” do voto divergente¹⁹⁴.

Não suficiente, o ordenamento brasileiro encontra outra exceção ao dever de fundamentação, exclusivo a ele: o Tribunal do Júri. Previsto um rito especial para julgar os crimes dolosos contra a vida, não necessita motivação nas decisões populares. Sobre essa ausência, se posiciona Eugenio Pacelli:

Não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal no âmbito exclusivo da dogmática penal, quando se puder justificar a condenação criminal pela

192 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 623.

193 Ibidem. p. 733-734.

194 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 281

estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Exatamente pela inexistência do dever de motivação da decisão é que jamais vimos com bons olhos a tradicional instituição do Tribunal do Júri. Não nos embarça, ali, o julgamento pelo leigo, não conhecedor do Direito, mas a absoluta falta de controle das razões que fundamentaram o juízo condenatório¹⁹⁵.

Aury Lopes Júnior também entende que a instituição do Júri está ultrapassada não só por prescindir de fundamentação em suas decisões. Delineia críticas em relação ao seu aspecto democrático, e a sua ilegitimidade como representantes da democracia formal, como não garantidora da eficácia das garantias. Também ataca critérios já relatados aqui, a dizer, a independência dos jurados, sua falta de conhecimento legal e a afronta ao princípio da presunção da inocência. Todos esses argumentos, aliados ao livre convencimento imotivado, visto a desnecessidade de vinculação à prova, na opinião do autor, desmerecem a legitimidade do instituto. Por fim, aclama pelo Princípio de Justiça Profissional, segundo o qual não haveria espaço para julgadores leigos¹⁹⁶.

Como visível pelo argumento acima, o que se busca no sistema brasileiro é o livre convencimento motivado. Cabe aqui a definição dos diferentes sistemas de provas: no sistema legal de provas, o legislador prevê, *a priori*, a partir de sua experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada, normatizando-a. Já o sistema da íntima convicção o juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação de provas. Como sistema intermediário, surge o sistema de livre convencimento motivado ou persuasão racional¹⁹⁷, onde o convencimento deve ser corroborado por provas.

Explica o artigo 155 do Código de Processo Penal que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial. Disso se extrai o sistema do livre convencimento no processo brasileiro. Também o TPI apresenta o mesmo sistema, ao versar no artigo 74.2 que o Tribunal fundamentará sua decisão exclusivamente em provas produzidas durante a audiência.

Essa modelo de motivação é o mais adequado, pois permite o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção; seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada ente o convencimento e as provas.

195 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 33.

196 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 846-853.

197. *Ibidem*. p. 367-369.

A motivação é, por fim, garantidora de um juízo valorativo contestável, nos termos dos modos *ponens* e *tollens*, preconizado pela Teoria do Garantismo Penal. Ela, unida às outras garantias secundárias demonstradas, servem como meio assecuratório do devido processo legal, que carece ainda de outras garantias, a seguir contextualizadas.

3.2 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: A APORIA DA PRISÃO ANTE JUDICIUM E A IMPERIOSIDADE DO TRÂMITE PROCESSUAL COMPLETO

A necessidade de um devido processo é atrelada à atribuição de pena somente após o transcorrer do devido processo legal. Nesse patamar é que, como visto, a prisão preventiva é repudiada por Ferrajoli e seus seguidores.

Isso ocorre mesmo em processos que envolvam crimes de extrema gravidade, como é tema do tribunal internacional estudado. Sobretudo para alguns delitos mais graves, existe o perigo de que o imputado altere as provas. Mas nenhum valor ou princípio pode satisfazer-se sem custos, e esse é um custo que o sistema penal deve estar disposto a pagar, se quiser salvaguardar sua razão de ser¹⁹⁸.

Comparando os dois cenários analisados, percebemos mais similitudes do que diferenças. Primeiramente, verificamos que no Brasil há dois tipos de prisão provisória: a temporária, regulada pela lei 7.960/89, que vige conjuntamente com o capítulo do CPP destinado à prisão chamada preventiva – segundo tipo de prisão provisória. Na prisão temporária, a decretação ocorre em face de representação policial ou pedido do Ministério público, já a preventiva pode também ocorrer de ofício¹⁹⁹.

Em Haia, a prisão provisória somente se procede mediante pedido do Procurador, sem exceção. Naquele Tribunal também se verifica que os requisitos para a decretação da prisão *ante judicium* são mais claros do que os brasileiros: garantia do comparecimento, não obstrução do inquérito ou do processo e garantia da não manutenção do cometimento dos crimes ou seus conexos²⁰⁰.

No CPP os requisitos são mais imprecisos: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal²⁰¹, e na lei 7.960 é a garantia da identificação e instrução criminal. As duas primeiras, a exemplo

198 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 559.

199 Artigo 1º da lei 7.960/89 e artigo 311 do CPP, respectivamente.

200 Art. 58.1 do Estatuto de Roma

201 Art. 312 do CPP.

da “garantia da não manutenção do cometimento dos crimes” são, na verdade, medidas de segurança pública, posto que tutelam situações de perigo cujo objeto não é a prova nem a efetividade do processo²⁰².

No que concerne à prisão como conveniência à instrução penal, prevista tanto em Haia como no Brasil, explica Ferrajoli que há uma confusão entre manutenção de provas e preservação da presença do réu para fins de interrogatório. Entende que o interrogatório do imputado não é uma necessidade da acusação, sim um direito da defesa que deve servir não para adquirir provas de culpabilidade, mas somente para se opor à imputação e para fazer possível ao acusado sua própria defesa²⁰³.

Portanto, não é uma necessidade processual. Caberia assim a coerção somente para o depoimento, e depois seria liberado o interrogado. E no que tange ao possível argumento de perigo de fuga, fundamenta Ferrajoli sobre sua desnecessidade:

Sobretudo é muito difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva; e talvez bastaria como meio dissuasivo uma maior vigilância do imputado, sobretudo nos dias imediatamente anteriores à sentença. Em segundo lugar, a fuga decidida pelo imputado, ao obrigar-lhe a clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si, normalmente, uma pena gravíssima, semelhante a antiga *acqua et igni interdictio* prevista pelos romanos como pena capital²⁰⁴.

Sem embargo da crítica, alguns pormenores podem ser apontados como agravantes ou atenuantes nos diferentes cenários em análise.

O maior deles é a prevalência da doutrina do não prazo, que ignora o caráter instrumental do instituto. Há necessidade de os acusados saberem, de antemão, com precisão, qual o tempo máximo que pode durar um processo penal ou uma prisão cautelar, por ser o reconhecimento democrático do qual não podem abrir mão. É dever implícito da devida

202 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 646

203 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Ibidem. Ibidem. p. 557.

204 Tradução literal do trecho: “Sobre todo es muy difícil, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva; y tal vez bastaría como medio disuasorio una mayor vigilancia del imputado, sobre todo en los días inmediatamente anteriores a la sentencia. En segundo lugar, la fuga decidida por el imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, normalmente, una pena gravísima, semejante a la antigua *acqua et igni interdictio* prevista por los romanos como pena capital”. Ibidem. p. 559.

jurisdição²⁰⁵. Mais do que a garantia do prazo, é necessário o mecanismo de reparação ou sanção de sua violação, como instrumento assecuratório do direito²⁰⁶.

Nessa busca, podemos verificar que nos dois universos analisados a prisão precária pode se dar a qualquer momento após a abertura do inquérito²⁰⁷, e pode ser mantida durante todo o trâmite. A exceção em relação ao Regulamento de Haia é que há previsão de um mecanismo de revisão obrigatório a cada 120 dias, nos termos da regra 118 do Regulamento de Procedimentos e Prova do TPI. Porém não há sanção para o excesso.

Ainda naquela Corte, não há previsão expressa de soltura em caso de superação, durante a prisão preventiva, do tempo correspondente à pena em abstrato ou concreto. Problema parecido ocorre quando da absolvição em primeiro grau, quando então a libertação fica condicionada ao entendimento do Procurador ou do Juízo de Instrução sobre a possibilidade de fuga, gravidade da infração ou as probabilidades de o recurso da Procuradoria ser julgo procedente²⁰⁸. Também o efeito suspensivo do recurso fica prejudicado pelo mesmo motivo²⁰⁹.

Essas condições tornam a previsão da soltura inócua, e não mais instrumento da presunção da inocência da parte ré, que, inobstante absolvida, resta encarcerada para fins que não caracterizam função processual, quais sejam, probabilidade de recursos e gravidade da infração. Na verdade, legitimam uma presunção de culpabilidade inerente à utilização da prisão como medida de segurança.

No Processo Penal Brasileiro, a prisão temporária possui prazo rígido de cinco (5) dias, prorrogável por igual prazo, depois do qual se extingue²¹⁰. Mas a preventiva não possui prazo estipulado, dependendo de apreciação judicial pela manutenção ou não dos fundamentos que a motivaram²¹¹. Inclusive, os tribunais superiores brasileiros já fixaram entendimento de que não é possível realizar uma análise meramente aritmética, sendo necessário apreciar detidamente as peculiaridades da situação concreta²¹². Neste último caso resta desarmado o réu pela ausência de limitação de prazo.

205 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77.

206 FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

207 Artigo 312 do CPP e artigo 58.1 do Estatuto de Roma.

208 Artigo 83.3 do Estatuto de Roma

209 Artigo 83.4 do Estatuto de Roma

210 Artigo 2º da Lei 7.960/89.

211 Art. 316 do CPP

212 Ver: STF - HC: 143741 SP - SÃO PAULO 0004739-34.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/05/2017; STF - HC: 143245 RJ - RIO DE JANEIRO 0004157-34.2017.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 02/05/2017.

Também é discutível a previsão de um rol específico de tipos penais que sujeitam à prisão provisória, como acontece no caso brasileiro²¹³, onde também se delimita a possibilidade de prisão preventiva de acordo com a pena em abstrato. Como já disposto, a prisão preventiva deve ter caráter instrumental ao processo, portanto não faz nenhum sentido servir de proteção a alguns bens jurídicos, e a outros não. Visualiza-se mais uma vez uma tentativa de transformar o processo penal em uma medida de segurança.

Ao contrário, o Estatuto de Roma não possui qualquer distinção em relação aos tipos penais. Isso pode ser atribuído à responsabilidade por uma gama bem específica de crimes, selecionados pela extrema gravidade e instituída em seu preâmbulo²¹⁴.

A despeito das previsões citadas, ambos os ordenamentos apresentam um rol de medidas restritivas que podem e devem ser acionadas antes de privar o réu de sua liberdade de locomoção²¹⁵. São medidas alternativas que deverão ser utilizadas quando não cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, há outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. No Brasil essas medidas também terão cabimento nos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a quatro (4) anos.

A atuação do Estado em matéria penal, para ser completa em seu sentido lato, deve se submeter a um tratamento digno no momento de maior delicadeza do imputado: do cumprimento dos mandados de detenção.

É para tanto que o artigo 59 do Tratado de Roma prevê a necessidade da imediata disposição do preso à autoridade judiciária do Estado da detenção, a fim de verificar se a mesma foi realizada de acordo com a lei e foram respeitados os direitos do acusado, assim como também possibilitar a liberdade provisória. Porém, tal dispositivo contradiz a função do Tribunal de reparar procedimentos indevidos nos Estados-Partes, pois atribui a estes o papel de fiscalizar a correta coerção. Se o Estado já não possuía condições de manejar um devido processo, motivo que ensejou a interferência do Tribunal Internacional, deveria caber a este

213 Art. 1º, inciso III da lei 7.960/89 prevê um rol taxativo de crimes sujeitos a prisão temporária.

214 Preâmbulo: “Os Estados Partes no presente Estatuto; Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante; Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade; Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade; Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional [...].”

215 A regra, pelo inciso XLIV do artigo 5º da Constituição Federal, conjugada com o artigo 321 do CPP, é da utilização da prisão preventiva somente quando presentes os seus requisitos. Antes, cabem, se necessário, as medidas do art. 319. Já a Estatuto de Roma em seu artigo 58.7 que somente se dará o pedido do Procurador no sentido da emissão do mandato de detenção se entender não suficiente a notificação para comparecimento do imputado, com o ou sem as medidas restritivas previstas na Regra 119 das Regras de Procedimento e Prova.

último a análise do cumprimento dos pressupostos mínimos na detenção. É o que acontece em caso de pedido de liberdade provisória ao Estado-Parte, que deve encaminhar ao Juízo de Instrução para apreciação. Porém, a decisão do Juízo de Instrução sobre a postura em liberdade é apenas uma recomendação, nos termos do item 4 do mesmo artigo.

Já em solo brasileiro, a ratificação do Pacto de São José – em 1992 – e as disposições dos incisos LXI²¹⁶, LXV²¹⁷ e LXVI²¹⁸ da Carta Constitucional inferiram a necessidade de apresentação, sem demora, do preso provisório à autoridade judicial competente, a fim de apreciar sua postulação de liberdade²¹⁹. Embora alguns Tribunais do país já viessem regulamentando esta audiência a fim de sua efetividade²²⁰, o Conselho Nacional de Justiça deu amplitude a sua ocorrência com a regulamentação em nível nacional na resolução 213/2015. Esta resolução prevê a obrigatoriedade de apresentação do preso à autoridade judiciária em 24 horas²²¹, devendo haver oitiva e apreciação da regularidade da detenção, assim como possibilidade de conversão da reclusão em liberdade ou outra medida, entre outras medidas assecuratórias dos direitos do réu²²².

São medidas que remédiam alguns aspectos da dita anomalia em tese. Verifica-se assim que a prisão provisória é medida enraizada tanto nos ordenamentos internacionais como nacionais, com algumas pequenas diferenciações.

A certeza do Direito Penal Mínimo, no qual nenhum inocente seja punido, é garantido pelo princípio do *in dubio pro reu*. É o fim perseguido nos processos regulares e expressa o sentido da não culpabilidade do acusado até a prova em contrário. É necessária, portanto, a prova da certeza da culpabilidade precisamente porque a única certeza que se busca no pro-

216 Art. 5º, inciso LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

217 Art. 5º, inciso LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

218 LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

219 Artigo 7º, inciso 5º: " Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

220 A exemplo do Tribunal do Estado de São Paulo, onde as audiências vêm sendo realizadas desde 2014, por determinação do Provimento Conjunto nº 03/2015.

221 Art. 1º da Resolução CNJ 213/2015: Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

222 Art. 8º, §1º, da Resolução CNJ 213/2015: § 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer: I – o relaxamento da prisão em flagrante; II – a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão; III – a decretação de prisão preventiva; IV – a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

cesso afeta os pressupostos da condenação, e não da inocência. A incerteza é então resolvida pela presunção da inocência em favor do acusado²²³.

Esta presunção, na Teoria de Ferrajoli, é decorrência do princípio da jurisdicionariedade em sentido lato e a impossibilidade de júízo sem submissão da acusação à prova e refutação é decorrência da jurisdição em sentido estrito²²⁴.

Se é verdade que a constatação dos delitos e a aplicação das penas somente são possíveis na subsequência de um processo, o processo e a condenação são condições cuja ausência não pode dizer-se que o acusado seja culpado, mas inocente, nem suscetível a sofrer uma pena, nem sequer a título preventivo ou cautelar. A isto segue, como corolário, a atribuição da carga da prova à acusação, o que supõe que a regra fundamental do jogo processual: a formulação de uma acusação gera um dever de prová-la, não é o acusado quem deve provar sua inocência, mas sim a acusação possui o ônus de demonstrar que é culpado²²⁵.

Seguindo a premissa do axioma A9, a culpa deve ser provada, e sem a prova, o réu não pode ser considerado culpado. Segundo essa tese, não deve haver qualquer coerção antes de finalizado totalmente o processo. Isso porque enquanto aberto, o processo deve estar propenso à refutação pela parte acusada. Sem este espaço, estar-se-á diante de um procedimento inacabado, portanto incabível à decisão final.

Não obstante a previsão, internacionalmente conhecida e reconhecida, existente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de que “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”²²⁶, tanto no TPI, quanto no Brasil, esta presunção é relativizada.

O Estatuto da Convenção de Haia prevê em seu artigo 83.4 a prevalência do recurso com efeito suspensivo em relação ao cumprimento da pena, com exceção do caso da manutenção da prisão preventiva²²⁷. *Data venia* da contrariedade da exceção, tal previsão vai ao encontro do preconizado pelo autor italiano, visto que o processo ainda não foi finalizado, portanto defeituoso, e não caberia coerção.

223 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Ibidem, p. 106.

224 Ibidem, p. 549.

225 Ibidem, p. 733.

226 Art. 11º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

227 Artigo 81.4: “Sem prejuízo do disposto nas alíneas a) e b) do parágrafo 3º, a execução da sentença condenatória ou da pena ficará suspensa pelo período fixado para a interposição do recurso, bem como durante a fase de tramitação do recurso”.

Porém, no caso de sentença absolutória, a Corte possui regulamento diferente. Quando absolvido pelo juízo de primeiro grau, o réu pode deixar de ter sua liberdade decretada em virtude de risco de fuga, gravidade da infração ou probabilidade de ter procedência o recurso da outra parte²²⁸. São fundamentos que vão novamente contra o preconizado até agora, pois se utilizam de motivações instrumentais, penais ou probabilísticas, para inverterem ônus da prova, e assim, afrontar a presunção da inocência. Principalmente no que tange ao último fundamento, estas disposições se afastam da doutrina garantista.

Já em relação ao processo penal brasileiro, apesar da disposição, na Constituição Federal²²⁹ e no Código de Processo Penal²³⁰, da necessidade do trânsito em julgado, decisão recente do Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento dos tribunais superiores no sentido oposto. Em decisão de 2015, entendeu da possibilidade do cumprimento antecipado da condenação após decisão de segunda instância²³¹, tal como já vinha disciplinando a súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça. Entende o Supremo, com aquela posição, que eventuais Recursos Especiais ou Extraordinários não obstam a concretização da coerção, mesmo com a ausência do final processual.

3.3 DEVIDO PROCESSO: ACUSAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE DO MODELO ACUSATÓRIO E O DIREITO DE DEFESA

Uma segunda garantia, conexa à relatada, é a inderrogabilidade do juízo, que trata em seu duplo sentido, infungibilidade da jurisdição e atribuição da ação penal ao ente estatal²³². Ela busca, através da atribuição da acusação ao ente público, a fuga da vingança privada, e consequentemente, a imparcialidade. Esta imparcialidade é afetada por algumas previsões

228 Artigo 81.3. a) Salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do recurso; b) Se o período de prisão preventiva ultrapassar a duração da pena decretada, o condenado será posto em liberdade; todavia, se o Procurador também interpuser recurso, a libertação ficará sujeita às condições enunciadas na alínea; c) Em caso de absolvição, o acusado será imediatamente posto em liberdade, sem prejuízo das seguintes condições: i) Em circunstâncias excepcionais e tendo em conta, nomeadamente, **o risco de fuga, a gravidade da infração e as probabilidades de o recurso ser julgado procedente**, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, a requerimento do Procurador, ordenar que o acusado seja mantido em regime de prisão preventiva durante a tramitação do recurso; [...] **(grifo nosso)**.

229 Art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

230 Art. 283 do Código de Processo Penal Brasileiro.

231 Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, que tiveram como objeto o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo penal, julgadas improcedentes.

232 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 732.

normativas tanto no âmbito internacional como nacional. É também decorrência da jurisdição em sentido lato, expressa pelo axioma A7.

Primeiramente, em relação a Haia, ela está afetada pela previsão de interferência do Conselho de Segurança da ONU nos processos tramitados pela Corte. Particularmente, em relação à ideia da acusação pública, o Tribunal peca ao dar poder de suspensão de inquérito²³³ àquele Conselho, assim como possibilitá-lo perquirir a revogação de arquivamento de inquérito pelo Parquet²³⁴. O Conselho de Segurança da ONU é composto por cinco membros permanentes e outros 10 membros não permanentes. São apenas quinze membros, dos quais cinco possuem poder de veto, o que significa uma influência direta na atuação do Procurador, que não se justifica visto a previsão de sua independência no artigo 53.1 do Estatuto.

Não obstante Flavia Piovesan opinar que tal atuação do Conselho representa um avanço se comparado aos anteriores tribunais *ad hoc*, e de que a interferência depende de difícil consenso entre os membros permanentes²³⁵, a influência nas decisões de arquivamento e suspensão representa uma relação danosa, ainda mais quando se tratam de decisões tomadas por apenas uma pequena parcela dos Estados-Partes. Explica Ferrajoli que para a acusação é necessária a mesma imparcialidade reservadas aos órgãos judicantes. O que se exige, em garantia da obrigatoriedade da ação penal e, portanto, de sua sujeição somente à lei, é a total autonomia também do poder inquiridor em relação a qualquer poder ou condicionamento, juntamente com a subordinação de uma polícia eficiente, profissionalizada e por sua vez imune às ingerências do Executivo ou de outros poderes, situados abaixo de sua dependência²³⁶.

Neste mesmo sentido, é a intervenção do Juízo de Instrução na decisão de arquivamento pelo procurador, da *noticia criminis* ou do inquérito, como consta no artigo 53 do Estatuto de Roma, por meio de solicitação de reconsideração, quando o juízo entender que não é caso de ausência de justa causa, inadmissibilidade pelo Tribunal ou desinteresse da

233 Artigo 16 do Estatuto de Roma: “Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.”

234 Artigo 53.3 do Estatuto de Roma: a) A pedido do Estado que tiver submetido o caso, nos termos do artigo 14, ou do Conselho de Segurança, nos termos do parágrafo b) do artigo 13, o Juízo de Instrução poderá examinar a decisão do Procurador de não proceder criminalmente em conformidade com os parágrafos 1º ou 2º e solicitar-lhe que reconsidere essa decisão.

235 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 301-302

236 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 570.

justiça pela desproporção entre a gravidade do crime e interesse das vítimas²³⁷. Pode, ainda, no caso do último fundamento, rever a decisão do procurador²³⁸.

Essa situação possui desenrolar diferente no Brasil. De acordo com o artigo 28 do Código de Processo Penal, caso o juízo entenda que não é caso de arquivamento de inquérito ou quaisquer peças, deve encaminhar ao superior do acusador postulante, ou seja, nos termos do dispositivo, o procurador-geral, a fim de que esse discorra a palavra final. É a manutenção da força postulante do Ministério Público.

Não obstante a concentração do poder acusatório pelo *Parquet*, a ideia de discricionariedade da acusação foi rechaçada por Ferrajoli. Nesse sentido, renega também os acordos e transações:

A discricionariedade da ação e a conseqüente disponibilidade das imputações e inclusive das provas que tem conservado em alguns dos atuais sistemas acusatórios são portanto um reduto do todo injustificado do caráter originariamente privado e depois somente cívico ou popular da iniciativa penal. Se entende que a discricionariedade e disponibilidade, que nos Estados Unidos se manifestam sobre toda a negociação entre acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração da culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução da gravidade da acusação ou de outros benefícios penais representam uma fonte inesgotável de arbitrariedade: arbitrariedades por omissão, já que não cabe nenhum controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir à inércia ou o caráter incompleto da acusação; arbitrariedades por ação, ao resultar o inevitável, como ensina a experiência que o *plea bargaining* se converte na regra e o juízo na exceção, preferindo muitos imputados declararem-se culpados antes que submeter-se aos custos e riscos do juízo²³⁹.

Nesse sentido, verifica-se no ordenamento processual brasileiro a previsão de várias normas que possibilitam a barganha pelo órgão acusador no processo penal. Há esta possibilidade em caso de crimes hediondos, crimes contra o sistema financeiro e contra a

237 Artigo 53.1, e 53.2, respectivamente, do Estatuto de Roma.

238 Artigo 53.4 do Estatuto de Roma.

239 Tradução literal do Trecho: “La discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas, que se ha conservado en algunos de los actuales sistemas acusatorios, son por tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originariamente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que esta discrecionalidad y disponibilidad, que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales- representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 569.

ordem tributária, crimes de lavagem de dinheiro, de tráfico de drogas, nas infrações contra a ordem econômica e em caso de organizações criminosas²⁴⁰.

Nas regras de procedimento e prova do Tribunal Penal Internacional há instituto semelhante à transação penal. Existe nelas a possibilidade da não autoincriminação pela testemunha e conseqüente impossibilidade de julgamento posterior, tanto pelo Tribunal Internacional quanto pelo Estado Parte, a critério do julgador. Trata-se de medida do próprio julgador para, inclusive por meio sigiloso, garantir provas, através do testemunho²⁴¹, em troca da imputabilidade da testemunha. Age o Juízo, aqui, como agente estimulante da confissão, com papel anacrônico de garante.

Mais do que a previsão de um Ministério Público como agente exclusivo da ação, a imparcialidade do juízo no que respeita a matéria contenciosa depende de um acusador separado do juiz²⁴². Esta é, na visão do sistema, de todos os elementos constitutivos do processo acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros²⁴³. É o corolário do axioma A8.

Nesse raciocínio é que entende Ferrajoli como “monstruosidade” os processos mistos do tipo francês e italiano, nascidos da justaposição de uma instrução inquisitória e de um juízo acusatório²⁴⁴.

É esse mesmo sistema misto que encontramos tanto no TPI quanto no Brasil. No primeiro caso, a instrução é toda realizada pelo gabinete do Procurador, que poderá colher depoimentos e examinar provas fora do Juízo de Instrução, inclusive podendo decretar sigilo com o objetivo de obter novas provas²⁴⁵. A produção de provas somente se dará um juízo quando do julgamento da admissibilidade da ação pelo Juízo de Instrução. Até então a produção e apreciação de provas se submete ao próprio crivo do acusador.

240 Art.8º, parágrafo único, Lei8.072/1990, art.16,parágrafo único, da Lei 8.137/1990, incluído pela Lei9.080/1995, art.1º, parágrafo 5º, da Lei .9.613/98, com alteração pela lei 12.683/2012, art. 41 da lei 11.343/2011, art. 86 e 87 da lei 12.529/2011 e art. 4º da lei 12.850/2013, respectivamente.

241 Regra 74.3 das Regras de Procedimento e Prova: a) Un testigo podrá negarse a hacer una declaración que pudiera tender a incriminarlo; b) Cuando el testigo haya comparecido tras recibir seguridades con arreglo a la subregla 2, la Corte le podrá ordenar que conteste una o más preguntas; c) Tratándose de los demás testigos, la Sala podrá ordenarles que contesten una o más preguntas, tras asegurarles que la prueba constituida por la respuesta a las preguntas: i) Tendrá carácter confidencial y no se dará a conocer al público ni a un Estado; y ii) No se utilizará en forma directa ni indirecta en su contra en ningún procedimiento ulterior de la Corte, salvo con arreglo a los artículos 70 y 71.

242 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 733.

243 Ibidem, p. 567.

244 Ibidem, p. 569.

245 Artigo 54.3 do Estatuto de Roma.

Conquanto a repetição da produção de provas na audiência perante o Juízo de Instrução²⁴⁶, quando então haverá apreciação delas por um julgador equidistante, as mesmas provas colhidas antes do julgamento poderão repercutir no não arquivamento das peças por parte do Procurador, o que, por si só, já acarreta ofensa à liberdade do imputado.

Mas mesmo após a apresentação da denúncia, o procedimento apresenta vestígios de processo inquisidor, pois, não obstante a previsão de ônus da prova pelo procurador no Estatuto²⁴⁷, há previsão de atividade do julgador no sentido de requerer provas²⁴⁸, tanto pelo Juízo de Instrução, quanto no julgamento de 1ª instância, quanto no julgamento de recursos²⁴⁹.

Disso resulta que, embora seja considerado um momento de acusatório, o fato de o Juízo sair de sua inércia e requerer provas implica em um estímulo à criação de provas de incriminação do réu, que não é sua atribuição. Trata-se de uma mistura de papéis, pois da mesma maneira que ao acusador lhe estão vedadas as funções de juiz, a este está proibida a função de acusação, sendo inadmissível a confusão de funções entre os dois sujeitos. Tal hibridação caracteriza o sistema misto, onde o Ministério Público forma as provas e decide sobre a liberdade do imputado e o juiz instrutor tem, por sua vez, poderes de iniciativa em matéria probatória e desenvolve de fato as investigações com ajuda da acusação²⁵⁰.

Da mesma forma o procedimento brasileiro. Aqui temos um inquérito realizado exclusivamente pelo delegado de polícia, com exceção dos casos em que a produção de prova depende de autorização judicial²⁵¹. As peças do inquérito, colhidas sob essa égide, são apresentadas junto da denúncia²⁵², e provocam o recebimento da ação, semelhantemente ao TPI. Porém, em âmbito nacional não há uma audiência para que seja oportunizada a defesa do imputado, de modo a evitar o recebimento da peça²⁵³.

246 Artigo 61.5 do Estatuto de Roma.

247 Artigo 66.2: “Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado”.

248 Art. 69.3: 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.

249 Artigos 61.7, alínea “i”, 64.6 alínea “b” e “d” e 83.2, parágrafo único, do Estatuto de Roma, respectivamente: 250 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 611.

251 Notadamente quando envolvam possível afronta à direitos fundamentais, a exemplo do artigo 13-B do CPP, que prevê necessidade de autorização para requisitar à empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática dados para fins de localização dos investigados.

252 Artigo 12 do CPP.

253 Cabe ressaltar que no procedimento da lei 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, a audiência previsto que precede o recebimento da denúncia, prevista no art. 72, tem o condão somente de propiciar a compensação de danos civis ou transação penal com o Ministério Público, mas não propicia oportunidade defesa ao imputado.

Ainda, salvo pequenas exceções²⁵⁴, não há sequer possibilidade de defesa pelo imputado antes do recebimento da denúncia, pois no CPP prevalece a apreciação sumária do magistrado logo após o oferecimento da denúncia²⁵⁵.

Isso impede que o acusado possa produzir prova a fim de evitar o início do processo penal e a partir de tal ser tratado como réu, sofrendo a respectiva repercussão moral e social. Assim, até o recebimento da denúncia, o réu se submete a um processo sem a presença de uma mão independente. Trata-se de uma afronta ao sistema SG, pois sem regulação judicial não há garantia da defesa e “a defesa é direito inviolável em qualquer estado e fase do procedimento. Se asseguram, mediante as atribuições oportunas, os meios adequados, aos quais carecem deles, para atuar e defender-se ante toda a jurisdição”²⁵⁶.

Essa intromissão que, conforme citado, transforma o processo em um sistema misto, o desconfigura. É a relação entre o sistema acusatório e o ônus probatório. Assim como a iniciativa deve caber à acusação, é seu ônus prova-la, sob pena de prevalecer a presunção da inocência.

Nesse sentido, o Estatuto de Roma possui a prescrição expressa do ônus da prova por parte da acusação²⁵⁷, cabendo, em caso de dúvida razoável, a absolvição²⁵⁸.

Ainda, o Estatuto privilegia a suposição do estado de inocência impondo que o Procurador apresente as provas de inocência que possui em seu poder à defesa, assim como lhe dá a possibilidade de recurso no interesse do acusado²⁵⁹. É a consagração do dever da acusação pública, já descrito, de apreciar os fatos a ela direcionados, sem a necessidade da imposição da condenação desmensurada.

Já o *parquet* brasileiro não possui, expressamente, esta atribuição. Apesar da previsão de impossibilidade de abandono do inquérito, o que possibilitaria o verdadeiro aprofundamento da análise da sua culpabilidade, ou no mesmo sentido, da inocência²⁶⁰, após

254 Há previsão de defesa preliminar no artigo 55 da lei 11.343/2006 (lei de drogas), no artigo 81 da lei 9.099/95 (lei dos Juizados Especiais), artigo 514 do CPP (crimes cometidos por funcionários públicos) e artigo 4º da lei 8.038/90 (Competência originária dos tribunais).

255 Apesar de os artigos 396 e 396-A preverem a resposta do réu somente após citação, prevalece a tempo na jurisprudência a possibilidade da chamada rejeição tardia, onde o magistrado pode apreciar as condições da ação mesmo após o recebimento da denúncia. Ver REsp 1.318.180-DF, julgamento em 16/05/2013.

256 Tradução literal do trecho : “La defensa es derecho inviolable en cualquier estado y fase del procedimiento. Se asegurarán, mediante las asignaciones oportunas, los medios adecuados, a quienes carezcan de ellos, para actuar y defenderse ante toda jurisdicción”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 733.

257 Artigos 66.2 e 67.1

258 Artigo 66.3 do Estatuto de Roma.

259 Artigo 67.2 e 81.1, alínea ‘b’.

260 Artigo 17 do CPP

o recebimento da denúncia a previsão do CPP é da manifestação somente no sentido da condenação.

A carga da prova é corolário da inocência justamente no sentido da possível inércia do acusado em relação ao processo. Se assim se mantiver, ele se mantém inocente. Se houver movimentação da outra parte, cabe a ela então a possibilidade de refutação por meio do contraditório. É assim que este último contempla um sistema de confrontação, que dá efetividade a uma gama de garantias, dentre as quais as defendidas pelo garantismo. Aquele corresponde:

(...) a um método de conformação da prova e da comprovação da verdade fundado não já sobre um juízo potestativo, mas sim sobre um conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação, expressão do interesse público do estado e a defesa, expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias. Tal confrontação, da que depende a efetividade da presunção da inocência do processado, está garantida normativamente, ademais pela separação entre juiz e acusação, pelo controle e participação do acusado na atividade de formação e discussão das provas, que somente garantir-se mediante sua defesa técnica (*nulla probatio sine defensione*) (...)²⁶¹.

Do disposto, verifica-se que a correlação entre ônus probatório e sua necessidade de confrontação pelo réu, a fim de cumprir o disposto no axioma A10. É raciocínio decorrente de uma noção de triangulação processual, formada pela separação dos três papéis inerente ao modo acusatório. Para ser assegurada, é necessário assegurar, normativamente, as três garantias processuais: a formulação da imputação, com a qual se formaliza a hipótese acusatória e se faz efetiva com contradição (*nullum iudicium sine accusatione*); a carga da prova de tal hipótese, que pesa sobre o acusador (*nulla acusatio sine probatione*); o direito de defesa atribuído ao imputado (*nulla probatio sine defensione*)²⁶². Como se percebe, há mais uma vez a vinculação das garantias.

Nesse sentido, explica Lopes Júnior que até mesmo o contraditório e o direito de defesa se confundem em algumas partes do processo:

261 Tradução literal do trecho: “(...) a un método de conformación de la prueba y de comprobación de la verdad fundado no ya sobre un juicio potestativo, sino sobre un conflicto, disciplinado y ritualizado, entre partes contrapuestas: la acusación, expresión del interés punitivo del estado, y la defensa, expresión del interés del acusado en quedar libre de acusaciones infundadas e inmune de penas arbitrárias. Tal confrontación, de la que depende la efectividad de la presunción de inocencia del procesado, está garantizada normativamente, además de por la separación entre juez y acusación, por el control y participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas, que sólo pueden garantizarse mediante su defensa técnica (*nulla probatio sine defensione*)”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 733.

262 Ibidem. p. 606

Destacamos que – na teoria – é facilmente apontável a distinção entre contraditório e direito de defesa. Sem embargo, ninguém pode omitir que o limite que separa ambos é tênue e, na prática, às vezes quase imperceptível. Desse modo, entendemos que não constitui *pecado mortal* afirmar que em muitos momentos processuais o contraditório e o direito de defesa se fundem, e a distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo²⁶³.

Sobre estas garantias, a Constituição Federal Brasileira as prevê expressamente²⁶⁴, enquanto o Estatuto de Roma não. No entanto, este dispõe de um rol de garantias procedimentais básicas ao acusado que privilegiam o contraditório e a ampla defesa²⁶⁵.

A primeira destas garantias mínimas é da informação detalhada e compreensão do conteúdo da acusação²⁶⁶. É garantia condizente com o modelo garantista, pois se trata de dever da acusação fornecer uma acusação com termos inequívocos e precisos, idôneos a denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, assim como dever de ser apoiada por indícios adequados de culpabilidade e por final ser completa, contendo todos os indícios que a justificam, de modo que o imputado seja posto em condições de refutá-la²⁶⁷. O contraditório é igualmente defendido quando é realizada a emenda da peça vestibular²⁶⁸.

É assim que também há previsão brasileira de que denúncia ou queixa deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas²⁶⁹.

Como se trata de procedimento aquém das fronteiras do imputado, há preocupação do Tribunal com o entendimento do acusado em relação aos atos do processado, visando sua

263 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 363-364.

264 Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

265 Art.67.1 do Estatuto de Roma.

266 Artigo 67.1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade: a) A ser informado, sem demora e de forma detalhada, numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos fatos que lhe são imputados; g) A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência; h) A prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa; e: i) A que não lhe seja imposta quer a inversão do ônus da prova, quer a impugnação.

267 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 606.

268 O artigo 61.4 do Estatuto de Roma prevê notificação do acusado em caso alteração dos fatos da denúncia, assim como o artigo 61.9 obrigada a designação de audiência em caso e alteração dos fatos após a audiência de confirmação.

269 Art. 41 do CPP.

possibilidade de contraditório, motivo pelo qual estabelece a tradução obrigatória e gratuita dos atos²⁷⁰.

É norma indispensável ao contraditório, no sentido do que somente é possível a refutação quando o juiz der “ouvida” de tudo a ambas as partes, pois visto o processo como um jogo, deve ser dada a oportunidade de fala para oportunizar suas estratégias, querendo ou não utilizar-se dessa faculdade²⁷¹.

Além de possibilitar a defesa, Pacelli da mesma maneira entende o contraditório como método de conhecimento do caso penal:

Com efeito, uma estrutura dialética de confirmações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão Judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão²⁷².

Dessa forma, não se pode olvidar de tal garantia mesmo na fase da investigação preliminar. Esta não é inofensiva ao imputado, pois permite a transformação de sujeito alheio ao processo em acusado. É nela que são produzidas provas que podem ter relevância no convencimento dos juízes e dos jurados, por dois motivos: em primeiro lugar, quem realiza o juízo de pré-admissibilidade é o mesmo que proferirá a sentença no processo e em segundo lugar, porque os autos do inquérito são anexados ao processo e assim acabam influenciando direta ou indiretamente no convencimento do juiz²⁷³.

Então é que ambos os sistemas analisados, o nacional e o cosmopolita, pecam em relação ao momento do inquérito. O primeiro, pelo entendimento de Lopes Júnior, permite, nessa fase, o contraditório com alcance limitado, visto que, em sentido estrito, não poderia existir contraditório pleno com a ausência de relação processual, mas o direito de informação permanece atrelado ao direito de defesa²⁷⁴. Porém, nos termos da Súmula Vinculante nº 14, o

270 67.1, alínea “f”: “A ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal”

271 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98.

272 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 43.

273 GRINOVER *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 166.

274 *Ibidem*, p. 173-174.

defensor somente tem acesso aos elementos de prova já documentados no processo²⁷⁵, não participando da sua produção e impossibilitando a contradição.

É importante ressaltar que no caso brasileiro, o mesmo juiz que recebe a denúncia ou pratica qualquer outro ato anterior fica prevento, devendo então julgar a respectiva ação²⁷⁶. Receberá, então, a peça acusatória munida dos documentos do inquérito²⁷⁷, minando o juízo de convencimento do magistrado com provas produzidas com contraditório limitado. Poderá ainda utilizá-las como fundamento na sua decisão de condenação, desde que não sejam exclusivas²⁷⁸, nos termos do artigo 155 do CPP. Por assim ser, entende inclusive Márcio Adriano Anselmo, que o inquérito acaba por ser o momento mais importante de produção de provas²⁷⁹.

Oposto é o procedimento em Haia. O julgamento da ação penal é realizado por um Juízo distinto do Juízo de Instrução, cujas composições também são distintas²⁸⁰, e se revela, portanto, progressista em relação ao nosso procedimento nato. Porém, a disposição do Estatuto no sentido do julgamento com base em exame de provas já produzidas²⁸¹ abre a possibilidade de igual contaminação com eventual prova produzida durante a investigação, e posteriormente incluída na acusação.

Não bastando somente a ciência do acusado, o sistema garantista exige a possibilidade de refutação dos fatos imputados com todos os meios possíveis, como exala o seu último axioma. É corroboração do princípio da ampla defesa, último elemento da tríade de garantias, relacionadas anteriormente e inter-relacionadas entre si.

O direito de defesa possui dois binômios: defesa técnica e autodefesa. A primeira é exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado

275 Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em 03 jul.2017.

276 Artigo 83 do CPP.

277 Artigo 12 do CPP: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

278 Artigo 155 do CPP.

279 ANSELMO, Márcio Adriano. *Inquérito Policial como Instrumento de Obtenção de Provas*. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 63-67.

280 O artigo 39.2 do Estatuto de Roma dispõem sobre a distribuição de juízes nos Juízos de Instrução, de Primeira Instância e de Recursos.

281 Artigo 74.2: 2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância fundamentará a sua decisão com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto. A decisão não exorbitará dos fatos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas. O Tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou **examinadas** em audiência de julgamento. **(grifo nosso)**.

constituído, nomeado, ou defensor público, já a autodefesa é exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo²⁸².

Nessa intenção, é que o Estatuto de Roma prevê dentre os direitos do acusado aquele de ser assistido em audiência por um defensor de sua escolha ou, se não o tiver, de ter um defensor dativo nomeado, inclusive gratuitamente, em caso de insuficiência de recursos. No entanto, é controversa a asserção no mesmo dispositivo de que tal nomeação do dativo fica condicionada ao interesse da justiça²⁸³. Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito, mas sobretudo sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo²⁸⁴, deve ser vista como irrenunciável.

Também o diploma internacional peca quando submete a participação do advogado à autorização do Juízo de Instrução nos casos de intervenções cautelares, aqui chamadas de Intervenção de Juízo em Caso de Oportunidade Única. Tal se dá, inclusive, somente mediante pedido do Procurador²⁸⁵. Tal disposição, assim como a possibilidade de renúncia da presença do advogado no interrogatório do acusado, durante a investigação preliminar²⁸⁶, são afrontas à garantia incondicional e irrenunciável da ampla defesa.

A legislação pátria em muito se assimila ao disposto. No inquérito policial prevalece a mesma facultatividade de assistência por defensor²⁸⁷, o que não inibe a hipossuficiência do acusado, pois pode existir dificuldade de compreensão pelo acusado o resultado da atividade desenvolvida, gerando absoluta intranquilidade e descontrole²⁸⁸. Não suficiente, o advogado possui somente acesso a dados que já constam documentados no inquérito, segundo a súmula vinculante comentada.

Já no âmbito do processo propriamente dito, é assegurada a presença obrigatória do defensor em todos os atos, com a nomeação de defensor dativo em caso de hipossuficiência financeira²⁸⁹, porém sua falta somente configura nulidade em caso de comprovação de prejuí-

282 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 17.

283 Artigo 55.2, alínea “c” do Estatuto do Roma, a exemplo do artigo artigo 67.1, alínea “d” do Estatuto de Roma: d) Salvo o disposto no parágrafo 2º do artigo 63, o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver, a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor **sempre que o interesse da justiça o exija**, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado;

284 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 16.

285 Artigo 56 do Estatuto de Roma.

286 Regra 112.1, alínea “b” das Regras de Procedimento e Prova do TPI.

287 Apesar de o CPP não fazer a previsão da obrigatoriedade, o inciso XXI da lei 8.906/94, que regula a prerrogativas dos advogados, prevê a possibilidade de assistência, formulação de quesitos e inclusive postulação de nulidade de atos durante qualquer nulidade posterior.

288 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 364.

289 Artigo 5º, inciso LXXIV da CF prevê a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, assim como artigo 261 do CPP, no seu §1º cita a utilização de defensor público ou dativo na defesa.

zo²⁹⁰. Esse condicionamento, como já disposto, vai de encontro à garantia geral de um devido processo legal.

Nesse diapasão, a ampla defesa também exige a possibilidade de produção de provas pela parte, a fim de refutar as apresentadas pela acusação. É contemplada essa possibilidade tanto pelo TPI²⁹¹, quanto pelo CPP brasileiro²⁹². Porém, mais do que o conhecimento do ato e a possibilidade de refutá-lo, deve-se atentar para a razoável antecedência da ciência do ato, de modo a permitir o pleno conhecimento e adequada preparação de sua defesa. A Constituição prevê tal necessidade no rol de garantias fundamentais do artigo 5º, mais precisamente no inciso LXXVIII, ao prever o prazo razoável, sem “atropelo procedimental”²⁹³, sendo em nosso ordenamento o prazo fixo a regra.

O Estatuto de Roma também possui disposição nesse sentido²⁹⁴. Apesar de não prever prazos fixos diretamente na norma estatutária, os prevê nas Regras de Procedimentos e Prova, ao dispor sobre prazo mínimo para juntada de documentos pela acusação antes da audiência de confirmação da acusação²⁹⁵, para possibilitar a defesa.

Importante também é que, quando são alterados os fatos da denúncia, há imperiosidade da abertura de novo prazo à defesa, para que reaja às novas imputações. Nesse momento, se o Juízo de Instrução entender que há encargos adicionais à defesa, deve providenciar prazo nos mesmos termos do parágrafo anterior, seguindo a regra 128²⁹⁶.

É semelhante ao que acontece no caso brasileiro de *mutatio libeli*, instituto previsto no artigo 384 do CPP. Nesse caso, quando, após a audiência, há alteração da definição jurídica da imputação, então é dado prazo para resposta da defesa e marcada nova audiência, com nova formação probatória. A norma brasileira se assemelha à internacional pois, apesar da previsão

290 Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 03 jul.2017.

291 67.1, alínea “e”: “A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O acusado terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto”

292 No processo ordinário do CPP brasileiro, a possibilidade de requerer provas por parte do acusado se situa somente no momento da resposta á acusação, art. 396-A, podendo requerer diligências após a audiência de instrução, como dispõe o art. 402.

293 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 541.

294 Artigo 67.1, alínea “b”: “A dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar-se livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha” e alínea “c”: “a ser julgado sem atrasos indevidos”.

295 De acordo com a Regra 121, o Procurador deve apresentar a denúncia, junto da relação das provas que tem ou pretende apresentar na audiência de confirmação, 30 dias antes desta, assim como, em caso de alteração das imputações ou acrescentar provas, o fazer 15 dias antes da audiência.

296 Regra 128.3: “Se o juízo de instrução determina que as alterações propostas pelo Procurador constituem encargos adicionais ou mais graves, procederá, se for caso disso, em acordo com as regras 121 e 122 ou regras 123 a 126.”

no caso ser apenas de classificação jurídica, a produção probatória posterior a torna semelhante a uma nova denúncia. O que não se justifica, portanto, é o prazo reduzido de cinco dias para a defesa, dissonante do prazo para resposta à acusação inicial.

Outra norma que se tornou corolário da ampla defesa processual é a manifestação da defesa por último. Isto é, porque tratando-se da prevalência do brocardo *audita altera pars*, somente é possível a antítese após a apresentação da tese. Essa garantia encontra sua manifestação em momentos cruciais, quais sejam, tanto no momento da produção de provas, quanto no momento do interrogatório do acusado, quanto no das considerações finais. É assim nas Regras de Procedimentos do TPI²⁹⁷ e também, como regra, no Brasil²⁹⁸.

Do disposto até agora, a ampla defesa foi somente tratada em seu aspecto ativo, onde o acusado deve ser provido de todos os meios para refutar os fatos alegados na acusação. Porém, mesmo oportunizada a defesa, esta pode optar pela inércia, como estratégia. Isto porque o acusado inicia o processo inocente, e cabe à acusação a criação de provas no sentido contrário, e seguindo o princípio do *nemo tenetur se detegerem*, que significa que ninguém deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória ou por exercer seu direito ao silêncio²⁹⁹.

Assim é que o Estatuto de Roma prevê o direito ao silêncio no artigo 55.2, nos mesmos moldes do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, seguido pelo artigo 186 do CPP.

Decorrem deste princípio também a previsão do direito de não produzir prova contra si mesmo, pois, como visto, se não pode haver ônus por não agir contra si, não pode igualmente haver ônus quando da cooperação com a acusação. Nesse sentido, a previsão nos artigos 55.1, 67.1, alínea “g”, do Estatuto de Roma. Em solo nacional, não obstante o alcance de interpretação efetiva do já disposto inciso do artigo constitucional, a ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica inseriu expressamente em nosso ordenamento o artigo 8º, §2º, alínea “g”, o direito que toda pessoa tem de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”³⁰⁰.

297 Regras 140.2 e 122.8 das Regras de Procedimento e Prova.

298 A exemplo do processo comum ordinário, como previsto no artigo 400, e no Tribunal do Júri, artigo 411, do CPP.

299 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104.

300 BRASIL. Decreto 678 de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de Novembro de 1959. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm >. Acesso em: 03 jun.2017.

Da não autoincriminação, conjugada ao princípio do acusatório e do devido processo legal, provém o princípio do *ne reformatio in pejus*. Segundo Pacceli, esta relevante garantia não seria outra coisa senão a manifestação da ampla defesa³⁰¹. Aquele princípio prevê a impossibilidade de agravamento da pena quando da interposição de recursos pela defesa. Possui menção no parágrafo único do artigo 83.2 do Estatuto de Roma, assim como sua aplicação expressa ao recurso de apelação no processo brasileiro, no artigo 617 do CPP, sendo que o mesmo autor afirma a aplicabilidade a todas as modalidades de impugnações recursais³⁰².

Questão controversa em relação ao sistema brasileiro é a possibilidade de *reformatio in pejus* indireta nos casos de Tribunal do Júri. Isso porque este princípio esbarra em outro, qual seja, a imposição da soberania dos veredictos pelo inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. A celeuma está na consequência de uma impugnação da sentença condenatória pelo acusado: a anulação da decisão manifestadamente contrária à prova dos autos, nos termos do artigo 583, III, “d” do CPP, remete a novo julgamento. Ocorre que a nova decisão pode ser gravosa ao imputado, é a chamada *reformatio in pejus* indireta.

Destarte a discussão doutrinária e a oscilação jurisprudencial, o entendimento mais próximo à teoria garantista é no sentido de que não haveria necessidade de se falar em colisão de princípios constitucionais, mas sim, “uma exegese contextualizada do princípio da soberania dos veredictos, situando seu círculo hermenêutico dentro de um contexto protetivo do acusado. Em outros termos, deve-se entender o princípio da soberania dos veredictos como garantia constitucional do acusado, e não dos jurados”³⁰³.

Firmou-se assim o entendimento e explanou-se sobre o atendimento das principais garantias concernentes ao direito da ampla defesa, correlacionando-a ao contraditório e ao ônus da acusação, e relacionando-as, por fim, em seu conjunto, à necessária tríade imposta pelo modelo acusatório.

301 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 850.

302 Ibidem, p. 850.

303 RABELO apud LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 981.

CONCLUSÃO

Dos pontos e contrapontos expostos, se podem auferir algumas conclusões. Primeiramente, pode-se verificar a dificuldade e complexidade de imposição de um Tribunal Internacional na seara penal. Tal conclusão foi produzida após a exposição dos longos esforços da comunidade internacional para sua implantação e das dificuldades encontradas até hoje no plano da justaposição da jurisdição nacional/internacional.

Também a complexidade se verificou em virtude do caráter *sui generis* do Tribunal, visto se tratar de uma instituição sem precedentes, aplicada a uma seara jurídica nova e que ainda necessita trabalhar na busca de uma uniformização de um direito penal multifacetado, posto as dificuldades verificadas quando da adesão brasileira.

Verificou-se assim que seu caráter complementar de jurisdição facilitou a aplicação concomitante à atuação nacional dos estados-partes. Outrossim, essa característica implica em uma necessária cooperação dos Estados na consecução dos objetivos do Tribunal, como o princípio da complementariedade exige.

Ao abordar a teoria garantista, o destrinchar dos elementos básicos de sua constituição fez verificar a virtuosidade da sua elaboração e sua capacidade de abranger os princípios mais importantes para sua respectiva finalidade garante.

As dificuldades desta última abordagem estavam, em princípio, situadas na aplicação da teoria, baseada no constitucionalismo, ao âmbito do Tribunal Internacional. Porém, constatou-se que é grande o consentimento entre os doutrinadores da necessidade de se recriar um espaço jurisdicionado e condicionado à amplitude universal, a fim de resguardar os direitos fundamentais inerentes a todos, consubstanciado nas normas programáticas de Declaração Universal dos Direitos do Homem. A conclusão foi no sentido da mudança de visão e na possibilidade de sua adoção.

Constatou-se, inclusive, que somente um Tribunal Internacional é capaz de criar uma ordem jurídica propícia a combater as atrocidades humanitárias e dar eficácia aos valores conscritas naquela Declaração.

Do problema proposto, qual seja, a análise da aproximação dos panoramas jurídicos brasileiro e do Tribunal Penal Internacional sob a ótica da Teoria do Garantismo jurídico, a verificação se deu através das duas hipóteses possíveis: uma maior proximidade do modelo SG pelo sistema jurídico brasileiro ou pela estrutura da Corte Internacional.

A primeira delas se concretizou no tangente a uma acusação pública mais independente no Brasil, maior publicidade dos atos e a manutenção de uma defesa técnica obrigatória, a ser custeada incondicionalmente pelo Estado brasileiro.

Já a segunda se verificou pela existência de separação de Juízos, a fim de prevalecer a não contaminação de provas, a existência de critérios de prisão provisória menos abstratos e mais coerentes, segundo a teoria descrita, além de critérios de suspeição e impedimento mais rigorosos e da inexistência de uma justiça formada por leigos, no TPI.

Mas a maior conclusão foi pela equiparação dos sistemas em critérios que os afastam do modelo de devido processo legal empregado por Ferrajoli.

Dentre estes critérios está a existência de um processo misto, e ambos os sistemas permitem um processo primeiramente inquisitório, repudiado pela teoria. Nada obstante, ainda preveem tais ordenamentos a possibilidade de produção de provas pela autoridade judiciária, o que vai de encontro à separação de partes.

Também a manutenção da possibilidade de prisão provisória baseada em elementos incoerentes com a presunção da inocência e a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado são incoerentes com o preconizado neste trabalho.

Inobstante, a possibilidade de transação penal afronta clara ao irrenunciável direito de defesa, está presente, de uma maneira ou de outra, em ambas jurisdições.

Por fim, ainda, pecam ainda pelo sigilo dos atos, primordialmente no inquérito, e pela permanências das incongruentes “nulidades relativas” no processo penal.

Inferiu-se, então, que na busca pela aproximação do ideal modelo SG, ambos os sistemas processuais pecam e acertam, às vezes em pontos invertidos, as vezes congruentes. Se torna visível então a lição de Ferrajoli de que as garantias devem ser sincronizadas, pois a falha de uma repercute na crise geral do modelo.

Nessa senda, é que, dentro das hipóteses relacionadas, na comparação entre processo nato e o internacional, ambos os sistemas se encontram distantes do modelo ideal. Destarte os acertos em determinados aspectos, as várias imperfeições apontadas, tanto em um sistema, quanto em outro, demonstram o longínquo que ambos possuem do perseguido processo garante.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. ver e amp. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? In: International Criminal Law Review, the Netherlands: **Kluwer Law International**, Vol. 3, p.1-37, 2003. Disponível em: <<http://www.legal-tools.org/en/doc/fdcf29/>> Acesso em: 01 mai.2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. Inquérito Policial como Instrumento de Obtenção de Provas. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAQUEIRO, Antonio Ribeiro; GAMEIRO, Fernanda Ravazano. A tipificação do crime de agressão na conferência de revisão em Kampala e sua aplicabilidade aos estados signatários do Estatuto de Roma como medida necessária para a preservação dos direitos humanos. **Revista Diálogos Possíveis**. Volume 1, ano 2014, p. 115-127. Disponível em: <<http://www.faculdadesocial.edu.br/revistas/index.php/dialogospossiveis/article/view/288>> Acesso em: 28 abr.2017.

BERGSMO, Morten. O regime jurisdicional da Corte Internacional Criminal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm> Acesso em 02 jun.2017.

BRASIL. **Decreto 4.388, de 25 de Setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.html> Acesso em: 02 jul.2017.

BRASIL. **Decreto 678 de 06 de Novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de Novembro de 1959. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 03 jun.2017.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689 de 03 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 02 jun.2017.

CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito**

Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional Abordagem à Proposta de Adaptação da Legislação Brasileira. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma:** Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, nº 14, p. 409-421, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em 14 mai.2017.

DA ROSA, Alexandre Morais; DO VALLE, Juliano Keller. A possibilidade de aplicação da Teoria Garantista às decisões do Tribunal Penal Internacional. **Revista Empório do Direito**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-possibilidade-de-aplicacao-da-teoria-garantista-as-decisoes-do-tribunal-penal-internacional-por-alexandre-morais-da-rosa-e-juliano-keller-do-valle/>>. Acesso em 02 jun.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** O constitucionalismo garantista como modelo teórico político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática.** Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno.** Nascimento e crise do Estado moderno. Tradução: Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho. Revisão da tradução: Karina Janini. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris.** Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. A Construção do Acordo na Conferência de Roma. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma:**

Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Revista Estudos Avançados**. Vol. 16. São Paulo: Mai/Ago. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012> Acesso em 30 abr.2017

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGUEL, João Manoel da Silva. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Volume 10, nº 37. Jan/Mar-2002, p. 16-17.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Novo Direito Internacional: aportes relacionados ao constitucionalismo multinível de Ferrajoli. **Revista Interação**, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/12709>> Acesso em: 11 mai.2017

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: princípio de complementariedade e soberania. **Revista CEJ**. V. 4. 11 ago.2000. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/333/535>> Acesso em 29 jun.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma Teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHORR, Janaína Soares. **O estado moderno e sua democratização: um processo ainda em andamento**. Ijuí, 2016. Disponível em: <https://www.unijui.edu.br/Portal/Modulos/modeloInformacoes/?RH5sv44knZhFMK3qARF6zZdE0eF6wpdiPnmCIBzvbmQheewBbzmMnOJ69fkR6sR03flsvDSlmqj2lu9RpwJSbQ__IGL__=#> Acesso em: 14 mai.2017.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRINDADE, André Karam. TRINDADE, André Karam. A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do “Seminário de Bréscia” e da discussão sobre *Principia Iuris*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. p. 111-137. jul./dez. 2011