

FRANCISCO DE ASSIS GARCIA

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA
DO PROCESSO PENAL JUSTO NA EXPERIÊNCIA
DAS CORTES INTERNACIONAIS**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

Janeiro de 2017

FRANCISCO DE ASSIS GARCIA

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA
DO PROCESSO PENAL JUSTO NA EXPERIÊNCIA
DAS CORTES INTERNACIONAIS**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual como um dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

Janeiro de 2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Garcia, Francisco de Assis

Elementos para uma teoria do processo penal justo na experiência das cortes internacionais / Francisco de Assis Garcia ; orientador José Raul Gavião de Almeida -- São Paulo, 2017.

227

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Processo penal justo. 2. Direito Processual Penal. 3. Fair Trial. 4. Direitos Humanos. 5. Tribunais Internacionais. I. Almeida, José Raul Gavião de, orient. II. Título.

Dedico este trabalho aos meus pais pela preocupação com a educação e com os verdadeiros valores da vida.

AGRADECIMENTOS

Esta é a parte do trabalho que nunca está completa, pois são tantas as coisas que merecem nossos agradecimentos, a se iniciar pelo Altíssimo que nos concede todos os dias o milagre de existir e renovar as promessas de sermos melhores.

Agradeço em especial ao Professor Orientador, Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida que confiou no projeto, nos desafios da pesquisa e sempre me deu uma palavra de incentivo para instigar-me a vencer as barreiras. Quando precisei de um professor, tive um mestre; quando precisei de orientação, tive um amigo; quando precisei de um profissional, tive um exemplo do maior quilate. Não há palavras suficientes para agradecer quem sempre te acolhe e é incansável em apontar os rumos de que tanto precisamos.

Agradeço também todos os professores da pós-graduação que contribuíram para o amadurecimento das ideias aqui apresentadas: Prof. Dr. Antonio Scarance Fernandes, Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli, Prof. Dr. Maurício Zanoide de Moraes, Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho, Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Prof^a. Marta Cristina Cury Saad Gimenes, Prof^a Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Prof. Dr. Ricardo de Barros Leonel, Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonício e Prof. Dr. José Carlos Baptista Puoli. Um agradecimento especial aos professores que fizeram parte desta caminhada na pós-graduação: Prof. Dr. Vicente Greco Filho e Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho.

Um especial abraço aos amigos Anderson Rodrigo Silvano, Renan Barboza de Faria e tantos outros que compartilharam momentos inesquecíveis nas fileiras discentes.

Agradeço também aos funcionários das bibliotecas da USP, do STF, do STJ da Universidade de Yale e tantos quantos me ajudaram na coleta do material de pesquisa.

Agradeço à minha família, à Luana, Daniel, Camila, Stegan, Sofia, Nair, Raphael, Antonio, Sheila, William, Glenn e Christina.

Agradeço também aos meus amigos do escritório, em especial ao Dr. Reinaldo de Francisco Fernandes, ao Dr. Ricardo Cardoso de Mello Tucunduva, ao Prof. Luis Renato Vedovato pela paciência e pelo exemplo, ao Prof. Flávio Fernandes Pacetta e às amigas pelas orações e incentivo: Tatiana Kopelevitch; Gicelda Oscar e Geni Rovaron.

Agradeço também àqueles que por um motivo ou outro deixei de nominar mas que, com certeza, contribuíram direta e indiretamente para este resultado.

Toda a teoria deve ser feita para poder ser posta em prática, e toda a prática deve obedecer a uma teoria. Só os espíritos superficiais desligam a teoria da prática, não olhando a que a teoria não é senão uma teoria da prática, e a prática não é senão a prática de uma teoria.

Na vida superior a teoria e a prática completam-se. Foram feitas uma para a outra.

Fernando Pessoa

RESUMO

GARCIA, Francisco de Assis. **Elementos para uma teoria do Processo Penal Justo na experiência das Cortes Internacionais**. 2017. 227 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A doutrina e a jurisprudência de cada país constroem seus próprios conceitos sobre as garantias do devido processo legal penal, buscando suas fontes em seus próprios sistemas e, valendo-se em algumas situações, do direito comparado para enriquecer seus conteúdos, sempre calcados na legislação nacional. Com o advento dos Tratados Internacionais, reconheceu-se o caráter universal dos Direitos do Homem e, dentre eles, o direito a um processo justo. Foi criado um sistema composto de Cortes de Direitos Humanos internacionais e regionais, complementado pelas Cortes Criminais Internacionais, com especial ênfase para o Tribunal Penal Internacional. A partir de então, os países que não cuidavam do processo justo como tal, passaram a lidar com este conceito, inclusive submetendo-se à jurisdição internacional. O processo penal justo é parte dos Direitos Humanos, sendo que a construção de seu conceito implica numa série de direitos e garantias que estão determinados na legislação internacional, bem como na leis internas. A amplitude das garantias dependem do encontro das duas ordens, nacional e internacional, prevalecendo a mais protetiva. Atualmente, a jurisprudência internacional é produzida através do diálogo das cortes e, com bastante elasticidade, ultrapassa os limites da interpretação atingindo o campo da criação. Esta interpretação nova e criação legislativa, próprias das decisões jurisprudenciais das cortes internacionais, modificam diretamente o direito interno, seja pela complementaridade do TPI, seja pela controle de convencionalidade ou seja, ainda, pelo julgamento das cortes internacionais sobre os atos do país signatário. Esta nova realidade desafia uma nova postura para integrar a produção jurídica dos tratados internacionais, da jurisprudência internacional e da doutrina em torno do ponto comum: o direito ao processo justo. O referencial teórico adotado foi um conjunto das decisões mais importantes sobre o tema de diversos tribunais internacionais e a doutrina nacional e estrangeira que cuidou do tema.

Palavras-chave: Processo penal justo; Fair Trial; Devido processo penal; garantias do acusado; Direitos humanos no processo penal.

ABSTRACT

GARCIA, Francisco de Assis. **Elements for a Theory of Fair Trial in the experience of the International Courts.** 2017. 227 f. Thesis (Doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The doctrine and jurisprudence of each country build their own concepts on the guarantees of due process of law, seeking their sources in their own systems and, in some situations, comparative law to enrich their contents, always based on national legislation. With the advent of the International Treaties, the universal character of human rights was acknowledged and, among them, the right to a fair trial. A system of international and regional Human Rights Courts was created, complemented by the International Criminal Court, with special emphasis on the International Criminal Court. From then on, countries that did not understand the concept of the fair process as such, came to deal with it, even then submitting their legal acts and decisions to international jurisdiction. Fair criminal procedure is part of Human Rights, and the construction of its concept implies a series of rights and guarantees that are determined in international law, as well as in domestic laws. The extent of the guarantees depends on the meeting of the two orders, national and international, prevailing the most protective. Currently, international jurisprudence is produced through the dialogue of the courts and, with enough elasticity, goes beyond the limits of interpretation reaching the field of creation. This new interpretation and legislative creation, proper to the jurisprudential decisions of the international courts, directly modify the domestic law, by the complementarity of the ICC, or by the control of conventionality, or even by the judgment of the international courts on the acts of the signatory country. This new reality challenges a new approach to integrate the legal production of international treaties, international jurisprudence and doctrine around the common point: the right to a fair trial. The theoretical reference adopted was a set of the most important decisions on the subject of several international tribunals and the national and foreign doctrine that took care of the subject.

Keywords: Fair criminal proceedings; Fair Trial; Due criminal process of law; Guarantees of the accused; Human rights in criminal proceedings.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO I – DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS | 14 |
| 1.1. Origem dos chamados Direitos Humanos..... | 18 |
| 1.2. Direitos Humanos e Direitos fundamentais | 23 |
| 1.3. Estrutura e mecanismos de salvaguarda dos Direitos Humanos..... | 25 |
| CAPÍTULO II – TRIBUNAIS INTERNACIONAIS..... | 28 |
| 2.1. Tribunais penais internacionais..... | 28 |
| 2.2. Cortes Internacionais de Direitos Humanos | 37 |
| CAPÍTULO III – PROCESSO PENAL JUSTO | 42 |
| 3.1. Estado atual da compreensão do processo justo | 42 |
| 3.2. O papel do processo na orientação do processo penal justo | 49 |
| 3.3. Processo justo e devido processo legal | 55 |
| 3.4. Processo penal justo e mudança social | 56 |
| 3.5. Processo Justo entendido como parte dos Direitos Humanos..... | 59 |
| 3.6. Os modelos processuais adversarial e acusatório para efeito do processo justo..... | 60 |
| 3.7. Influências recíprocas nos diversos sistemas – Diálogo das cortes – transconstitucionalismo | 62 |
| 3.8. Influências recíprocas – um passo além – o direito local sendo criado e conformado pela jurisprudência internacional..... | 64 |
| CAPÍTULO IV - EXPERIÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS E A PRÁTICA DO PROCESSO JUSTO | 70 |
| 4.1. Análise dos paradigmas do processo penal justo | 70 |
| 4.1.1. Paradigmas do processo justo na fase de investigação | 76 |
| 4.1.1.1 Igualdade ou não discriminação..... | 77 |
| 4.1.1.2 Presunção de inocência | 80 |
| 4.1.1.3 Direito à intimidade na fase dos inquéritos penais | 85 |
| 4.1.1.4 Proibição de tortura..... | 89 |
| 4.1.1.5 Direito de ser informado sobre as acusações e de compreendê-las | 95 |
| 4.1.1.6 Direito à assistência jurídica | 98 |
| 4.1.1.7 Direito de não se autoincriminar – direito ao silêncio | 103 |
| 4.1.1.8 Dever de documentação – registro dos interrogatórios..... | 105 |
| 4.1.1.9 Direito ao tempo e meios adequados para o preparo da defesa | 106 |

| | |
|---|-----|
| <i>4.1.2 Paradigmas do processo justo em juízo - Direitos Humanos aplicados na administração da justiça</i> | 110 |
| 4.1.2.1 Direito a ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial estabelecido por lei..... | 110 |
| 4.1.2.2 Direito de acesso à Justiça | 115 |
| 4.1.2.3 Princípio da paridade de armas e o princípio do contraditório | 118 |
| 4.1.2.4 Divulgação de provas que afirmam e as que infirmam a culpa – “Disclosure” | 122 |
| 4.1.2.5 Instruções do Juiz ao Júri | 124 |
| 4.1.2.6 Direito a uma audiência pública | 125 |
| 4.1.2.7 Direito a uma sentença pública | 129 |
| 4.1.2.8 Direito a ser julgado “sem demora excessiva” ou “num prazo razoável” | 130 |
| 4.1.2.9 Direito de se defender pessoalmente ou através de advogado de sua escolha..... | 133 |
| 4.1.2.10 Direito a uma assistência judiciária efetiva nos casos de pena de morte..... | 135 |
| 4.1.2.11 Direito a apoio jurídico gratuito..... | 138 |
| 4.1.2.12 Direito a comunicar-se confidencialmente com um defensor, inclusive em caso de recurso | 140 |
| 4.1.2.13 Direito de estar presente no seu próprio julgamento | 141 |
| 4.1.2.14 Julgamentos à Revelia..... | 142 |
| 4.1.2.15 Direito de não se auto-incriminar ou a confessar-se culpado | 143 |
| 4.1.2.16 Proibição da utilização de provas obtidas através de meios ou tratamentos ilícitos..... | 144 |
| 4.1.2.17 Direito de convocar, interrogar ou fazer interrogar testemunhas | 145 |
| 4.1.2.18 Anonimato das testemunhas | 149 |
| 4.1.2.19 Direito à assistência gratuita de um intérprete | 152 |
| 4.1.2.20 Direito à fundamentação da sentença | 153 |
| 4.1.2.21 A fundamentação da sentença em casos de pena de morte..... | 157 |
| 4.1.2.22 Proibição da lei penal retroativa – princípio “nullum crimen sine lege” | 158 |
| 4.1.2.23 Princípio ne bis in idem ou proibição do duplo julgamento ou da dupla punição..... | 161 |
| <i>4.1.3 Limites das Penas</i> | 164 |
| 4.1.3.1 Direito a se beneficiar de uma pena mais leve..... | 166 |
| 4.1.3.2 Compatibilidade com as normas jurídicas internacionais..... | 166 |
| 4.1.3.3 Castigos corporais | 167 |
| 4.1.3.4 Pena de morte..... | 168 |
| <i>4.1.4 Direito de Recurso</i> | 173 |
| 4.1.4.1 Direito de revisão e seu exercício efetivo | 174 |
| 4.1.4.2 Garantias do Processo Justo durante os recursos..... | 176 |
| 4.1.4.3 Novo julgamento pelo descobrimento de novos fatos | 177 |
| 4.1.4.4 Transcrições dos julgamentos | 178 |
| 4.1.4.5 Preservação dos elementos de prova..... | 178 |

| | |
|--|------------|
| 4.1.4.6 Reabertura de casos após descobertas dos organismos internacionais de Direitos Humanos | 179 |
| 4.1.5 <i>Direito a indenização em caso de erro judiciário</i> | 180 |
| 4.1.6 <i>Direito a um julgamento justo e Tribunais Especiais</i> | 182 |
| 4.1.7 <i>Direito a um julgamento justo em situações de emergência</i> | 187 |
| 4.2. Jurisprudência como agente de densificação normativa internacional e o processo penal justo | 192 |
| CAPÍTULO V – TEORIA DO PROCESSO JUSTO | 195 |
| 5.1. Necessidade de soluções práticas para casos concretos | 195 |
| 5.2. Insuficiência das soluções jurídicas para um critério uniforme de processo justo | 196 |
| 5.3. Critério ético e o problema das fontes no processo penal justo | 197 |
| 5.4. Por uma síntese: criação e mutação do processo penal justo | 200 |
| CONCLUSÃO | 206 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 215 |

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é demonstrar que, sob o ponto de vista internacional, o processo penal deve conformar-se aos ditames dos Direitos Humanos, como forma de balancear os direitos do acusado.

Sob o ponto de vista internacional e baseados na experiência jurisprudencial americana, difundiu-se a ideia do “Fair Trial”, ou seja, de um processo penal que seja justo. Inevitável é a questão de se saber quando o processo criminal pode ser considerado justo, principalmente baseado na tradição brasileira que ainda está enraizada nas regras legisladas, no conceito de devido processo penal, conforme seja o resultado da aplicação dos diversos princípios constitucionais e processuais que se refiram às garantias individuais dos indivíduos.

Para esta aproximação, do devido processo legal penal no entendimento nacional para o processo penal justo – no entendimento dado pelos tratados e convenções internacionais e a jurisprudência dos tribunais internacionais, sejam eles criminais, sejam eles de Direitos Humanos – há um caminho a percorrer, com o objetivo de demonstrar suas diferenças e semelhanças.

Essa aproximação e a forma como ela se dá, se horizontal, vertical, de fora para dentro, multilateral demanda um raciocínio que passa, necessariamente pela verificação dos Direitos Humanos e seus reflexos nos diversos ordenamentos jurídicos, o que se ocupou no capítulo primeiro.

Em seguida, no capítulo segundo, faz-se uma breve análise da estrutura das Cortes Internacionais que lidam com o processo penal na apuração dos crimes internacionais e os diversos sistemas e Cortes que cuidam dos Direitos Humanos, ainda mencionando a existência da Carta Africana e da Carta Árabe a compor precipuamente este conjunto legislado do Direito Internacional.

No terceiro capítulo são analisados os atuais conceitos e possíveis compreensões para o termo processo penal justo para formar um ponto de partida e apresentar os principais pontos que serão debatidos até a construção de uma conclusão com uma proposta diferente.

A coleção de decisões e sua sistematização são apresentados no capítulo quarto, apresentando as principais decisões e recomendações colhidas da jurisprudência de diversos tribunais internacionais e das opiniões das comissões de Direitos Humanos, todas relativas à compreensão internacional do direito a um processo penal justo, reunidas ainda que muitos dos conceitos sejam conhecidos da experiência brasileira.

Neste conjunto, procurou-se separar até onde foi possível, os direitos que se referem às investigações preliminares, ao processo judicial, aos recursos e as respectivas decisões nos tribunais, às penas e sua execução, à revisão penal e à indenização por erros judiciários.

Também foram indicadas as previsões legislativas internacionais para a conformação do direito analisado, fazendo-se observar os pontos em que, mesmo diante da ausência da regra escrita, os tribunais internacionais puderam contruir uma nova regra, seja pela interpretação expansiva como também por processo claro de criação.

No capítulo quinto, empreende-se outra análise propositiva, primeiro pelo estado da questão, depois pela coleção de julgados os mais variados e depois por uma proposta de encaminhamento da compreensão do processo penal justo, enfrentando-se as conclusões atuais que tentam explicar parcialmente o fenômeno de estudo, pelo recurso aos conceitos de diálogo das cortes, polinização cruzada, transconstitucionalismo entre outros.

Por fim, na conclusão, como caminho necessário da exposição feita ao longo do trabalho, chega-se à proposta de uma nova postura para se entender o processo penal justo, para utilizá-lo na prática e para configurá-lo didaticamente em meio à ciência jurídica do processo penal.

CAPÍTULO I – DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Os ordenamentos jurídicos modernos refletem o estado de desenvolvimento social de cada país em que são criados e nos quais servem para a aplicação do direito interno. Falamos direito interno porque ainda se entende que cada país tem seu próprio ordenamento jurídico e sua forma particular de aplicação deste mesmo ordenamento, como um reflexo da soberania – conceito que delimita politicamente os países.

As necessidades de se firmarem os direitos humanos em cada sociedade é distinta e, por isso, mantido o isolacionismo de cada cultura e de cada história, teríamos diferentes disposições legislativas mencionando os direitos humanos. Aliás, mencionariam princípios fundamentais ou constitucionais e não propriamente direitos humanos.

O advento específico da Segunda Grande Guerra é que mostrou, sem qualquer dúvida, a comunhão de sofrimentos de diversas nações e horrores levados à uma escala institucional e mundial, perpetradas por um mecanismo até hoje difícil de ser entendido.

A reunião de representantes de diversos países vitoriosos no conflito resultou no reconhecimento quanto a necessidade de se estabelecerem mecanismos para coibir e evitar novos conflitos e a perda de tantas vidas, que tivessem alcance que superasse suas fronteiras.

As discussões resultaram em tratados e declarações que se desenvolveram em dois estágios, úteis ao desenvolvimento deste trabalho: o primeiro, em que cada país repetiria em seu ordenamento interno quais valores entende por fundamentais e que fossem

alinhados com o que a comunidade internacional entende por direitos humanos.¹ E o segundo estágio, em que há uma complementariedade recíproca e aberta para que cada Estado receba conteúdo do direitos humanos sem a necessidade de modificação explícita de suas legislações internas a cada novo avanço.

Ainda é de se observar que outros reflexos da preocupação com os direitos humanos, decorrentes e acelerados pela Segunda Grande Guerra, também foram sentidos. O primeiro deles foi a necessidade de se criar uma maneira de processar e julgar crimes e criminosos de guerra, mais tarde evoluindo para crimes que ofenderiam valores jurídicos comuns aos povos e que não se limitassem às fronteiras ou determinados países, pelas muitas dificuldades que isso demandaria. Como resultado deste desdobramento temos aqui reunidos os tribunais internacionais dedicados às questões penais, havendo uma verdadeira evolução, desde o Tribunal Militar de Nuremberg até o Tribunal Penal Internacional, este último de caráter permanente.

O segundo reflexo foi a criação de Tribunais Regionais para a proteção dos direitos humanos em que os países, pelas decisões de seu judiciário nacional, são submetidos à julgamento, numa revisão de seus julgados e de suas legislações, analisando-se a conformidade com os padrões das regras de direitos humanos estabelecidas nas convenções e tratados internacionais.² A desconformidade gera uma série de providências a que o Estado sob análise deve tomar, principalmente desencadeando uma compensação pecuniária que, com natureza civil, determina um caminho para a não repetição das violações apontadas, inclusive na área penal.

Estes dois mecanismos se valem de processo para suas atuações, estabelecendo-se uma ordem processual para o julgamento nos tribunais penais internacionais e outra para os processos dos tribunais de direitos humanos. No último caso, uma das possíveis revisões e julgamentos feitos por tais tribunais, referem-se ao padrão da regras processuais

¹ O primeiro estágio possibilitou até a comparação dos textos legislativos das constituições de diversos países em que determinados termos e princípios parecem ter se universalizado. Vide a este respeito, *v.g.*, <https://www.constituteproject.org/>.

² O próprio “Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo.” *Cfr.* PIOVESÁN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 12a. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 411.

aplicadas aos casos penais e cíveis do país em que determinado indivíduo foi sentenciado. Os casos penais com maior cuidado e preocupação, em razão dos valores a que tutela, mas todos comparados com o padrão de um processo justo. Esta análise de conformidade mostra a importância do padrão processo justo como direito humano e a servir como resultado a que as diversas jurisdições se submetem, independente e além dos critério internos e das legislações internas.

Os reflexos nos ordenamentos jurídicos, dos direitos humanos, são de várias ordens, sendo notados: (1) modificação no texto interno e (2) sujeição a um padrão externo pela via dos julgamentos das cortes internacionais de direitos humanos. Essa sujeição externa é decorrente dos tratados internacionais e, por ser produto de processo, é decisão que forma uma jurisprudência que integra o direito como fonte. O próprio Tribunal Penal Internacional funciona em referência aos ordenamentos jurídicos dos países, primeiro pela incidência do princípio da complementariedade; sendo ainda outro motivo pela possibilidade do julgamento de crimes internacionais serem realizados nos tribunais locais, com a utilização das regras internacionais e, por fim, pela influência e exemplo que a aplicação da lei por tais tribunais penais internacionais exerce.

Neste sentido é que se percebeu influências a que já se chamou de internas e externas; verticais e horizontais; nacionais e internacionais; isolamento e conectividade e outras formas classificativas. Em razão das influências jurídicas e vinculativas, até a própria questão da soberania está sendo revista nesta perspectiva.³

O Brasil é um dos países em que o legislador constitucional pareceu perceber esta tendência, inserindo cláusula aberta de complementariedade legislativa – sem a necessidade de modificar seu texto – no rol das chamadas cláusulas pétreas. Foi o que ocorreu com o texto do art. 5º, §§ 1º a 4º da CF, em que se desta (1) a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais; (2) a inclusão (não exclusão) de outros direitos e

³ *Cfr.* SIKKINK Kathryn. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. *In:* International organizations. Massachusetts: IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993, p. 411, no trecho “... a política e a prática de direitos humanos têm contribuído para uma transformação gradual, significativa e provavelmente irreversível da soberania, no mundo moderno.” Ver também PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos...*, pp. 416-417, em que demonstra que a institucionalização dos direitos humanos pela CF de 1988 consagra um paradigma que “exige nova interpretação de princípios tradicionais, como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização desses valores.”

garantias – ainda que não expressos – que sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados na constituição (lembramos que um dos principais é o da dignidade da pessoa humana e que fundamenta todo o sistema de Direitos Humanos); (3) o *status* de emendas constitucionais – e portanto do texto constitucional – nos casos de tratados e convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário e que tenha sido aprovado pelo Congresso e (4) que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Há muito o que se fazer para internacionalizar ou universalizar o entendimento, interpretação e aplicação dos direitos humanos, por isso mesmo é importante perceber que sua origem deu-se pela sistematização e cristalização de valores ocidentais, de tradição euro-atlântica e que entre os lados antagônicos do universalismo e do relativismo cultural, mais vale encontrar um apoio reconhecendo-se a multiplicidade cultural e seus diversos estágios e reconceptualizados como multiculturais⁴ e procurando sintetizá-los num mínimo universal aceitável a que os povos podem se reunir sob consenso.

Ao se falar em internacionalização dos direitos humanos é essencial que se observe a afirmação teórica e filosófica que trata dos direitos do homem e se traduz no pensamento iluminista de Locke a Rosseau, vez que suas ideias acerca das liberdades dos homens⁵ são em muitos ordenamentos, inclusive de cunho internacionais reproduzidas até os dias atuais.

É essencial para a compreensão dos direitos humanos a visualização de que os direitos humanos não surgem de uma só vez e permanecem inalterados, muito pelo contrário, o reconhecimento e a internacionalização dos direitos humanos é uma construção corroborada pela intervenção humana que enseja sua propagação, o que lhe permite a característica de alterações que lhe é inerente, possibilitando dessa forma sua construção e reconstrução constante. É uma construção dinâmica a emprestar a cada novo desafio uma nova significação, seja pelas guerras civis, pelas migrações, pelo terrorismo e tantos outros desafios.

⁴ *Cfr.* SILVEIRA, Vladmir Oliveria da. ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos – conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187; SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Lua Nova, v. 39, pp. 112-114.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35.

1.1. Origem dos chamados Direitos Humanos

O homem se evidencia como um complexo de similitudes e diferenças que guardam em si todas as peculiaridades que tornam cada um único em sua espécie. Compreender que na igualdade dos homens existem seres únicos em suas convicções, formações e histórias próprias é reconhecer que as tais características os tornam seres únicos na terra e que por sua unicidade são carecedores de uma proteção universalista, que os acompanhe onde quer que seja.

É importante se conceituar os *direitos humanos* de forma a dar um sentido a essa expressão que comumente é utilizada pelos mais diversos textos, sejam estes jurídicos ou não, e traz consigo uma certa indeterminação do que vem a ser, face a pluralidade de expressões que são similares e muitas vezes utilizadas até mesmo como sinônimos.

Nesse sentido, vê-se que DALLARI entende que os direitos humanos são "uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida."⁶

A expressão direitos humanos se confunde muitas vezes com outras como por exemplo pode se mencionar "direitos naturais", "direitos individuais", "direitos fundamentais da pessoa humana", "direitos do homem", "direitos da pessoa humana", no entanto, existem diferenças entre os termos mencionados, que carecem de um breve esclarecimento antes de se adentrar a questão a que se volta este capítulo que é a origem dos direitos humanos.

Mesmo com diversas expressões, todas elas se voltam a defesa e garantia de direitos básicos da pessoa, o que se efetiva através do reconhecimento do valor da dignidade humana, cuja *ratio* é a garantia e manutenção dos direitos que propiciem as condições mínimas de vida de uma pessoa.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7.

Essa preocupação com o ser humano e sua singularidade quanto aos seus direitos e proteção, embora despontados desde os primórdios da evolução, de forma sistemática e universalista é recente na História, que somente com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos é que se reconhece que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos."⁷

Essa declaração como fruto de uma organização internacional passa a ser vinculada a lei escrita, de forma a possibilitar sua invocação e aplicação a toda sociedade que a reconheça.

O processo de internacionalização dos direitos humanos como já mencionado não surge como fato concreto, mas é fruto de uma constante construção e reconstrução de seus conceitos, e proteção de direitos que se vislumbram a partir do reconhecimento do valor existente na dignidade humana e de sua necessária implementação através da proteção de direitos.⁸ Assim é que a "... dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos."⁹

A proteção dos direitos humanos sempre esteve presente na história da humanidade, mas em cada momento tomava por si um tom diverso e não alcançava a universalidade de pessoas que hoje pode-se dizer abrangidas pelos diversos sistemas de proteção que será visto mais adiante. Alguns documentos mesmo nos primórdios da história já marcavam a necessidade de proteção dos indivíduos, como exemplos podem ser citadas: a *Magna Charta Libertaum*, assinada pelo rei João-Sem Terra em 1215 na Inglaterra, na primeira Constituição Americana de 1787; o *Bill of Rights* em 1688; o Pacto de *Mayflower* de *New Plymouth* de 1620, em que os futuros colonizadores dos Estados Unidos da América reconhecem direitos aos cidadãos; a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 colônias em 1776; a Constituição Federal dos

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. VI Edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

Estados Unidos da América em 1787; a Revolução Francesa em 1789 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1791.¹⁰

Desde a Antiguidade existe a discussão acerca dos direitos fundamentais, sendo fruto inclusive das discussões filosóficas gregas em que se discutia o direito natural, seguindo-se no plano temporal da era do Cristianismo, onde todos eram filhos de um mesmo Deus e desta forma, titulares de direitos mínimos. A idade moderna e o processo do iluminismo trouxe consigo uma série de direitos fundamentais originados de uma posição de racionalidade ocupada pelo homem. A evolução na conquista de direitos segue no período das revoluções liberais quando se reconhece direitos face ao Estado e mais tarde na concepção já constitucionalista se localiza a teoria dos direitos fundamentais, na qual o cidadão tem direitos de defesa frente ao Estado, sendo esses direitos uma verdadeira forma de balizar a atuação Estatal dentro de certos limites.¹¹

A necessidade de uma nova análise sobre a aplicação da soberania estatal tradicional se fez cada vez mais essencial, e foi através do Direito Humanitário (direitos humanos da lei da guerra), da Liga das Nações (traz em si o interesse e necessidade de se relativizar a soberania dos Estados) e da Organização Internacional do Trabalho (visava promover padrões internacionais de condições de trabalho), que se tornaram marcos para esse movimento e tornou possível a conscientização de que os direitos humanos são questões de legítimo interesse internacional. Essas organizações marcaram o fim de uma era na qual o Direito Internacional tinha por objeto os "arranjos" entre Estados em âmbito governamental, e passam a admitir a intervenção no plano nacional de forma a garantir a proteção dos direitos humanos¹².

Não se pode deixar de observar que o processo de judicialização dos direitos humanos em âmbito internacional se deu de forma mais expressiva após a Segunda Guerra Mundial, como forma de se evitar as barbáries ocorridas sob o domínio de Hitler, o que

¹⁰ Cfr. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf Acesso em 18/05/2016.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 28-31.

¹² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 167-174.

revelou mais tarde a experiência de judicialização do Tribunal de ordem internacional de Nuremberg ocorrido entre 1945-1946, foi fruto de um Acordo ocorrido em Londres e serviu para julgar criminosos de guerra, mas foi além, foi pactuado no acordo a abrangência do julgamento para que não se limitasse aos crimes contra a paz e crimes de guerra, mas deu passo em favor da proteção aos direitos humanos quando incluiu em sua competência a possibilidade de julgar crimes contra a humanidade, independente de que esses crimes tivessem ou não previsão em seu Direito interno, se tornou passível de ser julgado por meio do costume internacional.

O ganho para os direitos humanos trazidos pelo Tribunal de Nuremberg foi significativo, vez que além de consolidar a ideia de que a soberania nacional deve se ater a certos limites, também traz o reconhecimento de que os indivíduos são possuidores de direitos velados pelo Direito Internacional¹³.

É incontroversa a questão de que a internacionalização dos direitos humanos surge de forma a se consolidar após a 2ª Guerra Mundial em meados do século XX, através da visão de que um sistema de proteção internacional de direitos humanos viessem a impedir que novas transgressões de tamanha ordem pudesse ocorrer, como observado por PIOVESAN na afirmação de que “[a] internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”¹⁴

Esse entendimento torna possível a compreensão de que os direitos humanos não refletem um conceito fechado e sem abertura para novas situações, muito pelo contrário, os

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

direitos humanos se evidenciam como um conceito fluido e aberto, de forma a constituir uma proteção a direitos por meio de sua essência universal e não por estar descrito em rol taxativo da legislação positivada.

Os direitos humanos que inicialmente se restringiam as preocupações de proteção local (cada Estado cuidava de proteger os direitos humanos dos seus), passa a partir da internacionalização através de diversas convenções e declarações internacionais de proteção a ser garantida a toda humanidade, sendo fruto da Liga das Nações e sua defesa de minorias de forma impulsionada pelo fim de um mundo polarizado (período pós-guerra fria).

O processo de internacionalização dos direitos humanos ganhou forte contribuição com o final da 2ª Guerra Mundial e a proliferação de organizações internacionais cuja palavra de ordem era a "cooperação internacional", foi nesse período que foi criada as Nações Unidas e suas agências que firmaram a Carta das Nações Unidas de 1945, constituída de diversos órgãos como sendo os principais a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado, ainda previa a possibilidade de criação de novos órgãos caso fossem necessários. Foi o Conselho Econômico e Social que, no exercício de suas funções, criou a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que funcionou por mais de 50 anos e veio a ser substituída em 2006 pelo Conselho de Direitos Humanos que veio para elevar a primazia dos direitos humanos na Carta da ONU.¹⁵

Assim a Carta das Nações Unidas (1945) firma a internacionalização dos direitos humanos e abre a possibilidade do estabelecimento de um diálogo entre as nações em prol de um elemento ético que possibilita a proteção internacional, independente da existência ou não de blocos de comandos governamentais, e possibilita a existência de um parâmetro comum a todos os governos.¹⁶

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 184-187.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 37-38.

Em 1948 foi firmada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual se obteve a aprovação de 48 Estados e tem por características a sua amplitude (conjunto de direitos e faculdades para que o homem possa se desenvolver física, moral e intelectualmente), a sua universalidade, vez que se aplica independentemente da nacionalidade, raça, religião, sexo, nos países em que ela incide e por fim, deixou-se de utilizar o termo "internacional" e se adotou o termo "universal" de forma a garantir que o ser humano é sujeito do Direito das Gentes, é de natureza um cidadão de seu país e também do mundo, sendo possível sua proteção internacional¹⁷.

Foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 a declaração que unificou numa mesma linguagem os direitos civis e políticos, e os direitos sociais, econômicos e culturais, dando igual importância a tais direitos e afirmando a relação de indivisibilidade de tais direitos, trazendo a concepção contemporânea de direitos humanos.

Importante destacar que a Declaração de 1948 foi recepcionada pela Assembleia Geral das Nações Unidas como resolução e traduz o entendimento de que ela é a interpretação autorizada da expressão "direitos humanos" contida na Carta das Nações Unidas de 1945, obrigando a sua observância universal dos direitos ali declarados, tendo, portanto, força jurídica vinculante.

1.2. Direitos Humanos e Direitos fundamentais

Direitos humanos e direitos fundamentais têm como destinatário da proteção a pessoa humana, porém, apesar de muitos entenderem como termos sinônimos, a doutrina tem realçada a distinção, criando um critério de seu âmbito de aplicação. Assim é que direitos humanos são os direitos no âmbito internacional e quando reconhecidos e positivados numa constituição de um particular país tem a denominação de direitos

¹⁷¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 195-196.

fundamentais¹⁸ Tais categorias, portanto, não são antagônicas, mas com âmbito de proteção diferentes. Os direitos fundamentais podem não corresponder aos direitos humanos e o grau de simetria entre eles é variado tanto quanto o texto positivado dado se prende às contingências de um determinado Estado. Correspondem à esferas distintas de positivação, tratando-se de dimensões íntimas e cada vez mais interrelacionadas.¹⁹

Nesse sentido é possível concluir que os direitos fundamentais se alteram com a evolução do tempo e de acordo com as diversas modificações e ampliações dos direitos a serem protegidos, é a sua característica de reconstrução que lhe permite tal flexibilidade, e assim, de acordo com a cultura local do Estado em que os está positivando, leva à necessidade de uma constante ampliação da proteção em relação aos novos direitos que surgem em cada Estado e frente aos desafios constantes e mutáveis em nossa sociedade em constante expansão.

Essa distinção e suas consequências práticas interessam para o desenvolvimento do raciocínio neste trabalho, principalmente porque as influências jurídicas e práticas, provocam reflexos no que se entende por processo justo, isso porque uma se refere ao contexto interno de um país e outra ao contexto internacional.

O termo direitos fundamentais foi citado pela primeira vez no ano de 1770 na França sob a expressão “droits fondamentaux”, período em que foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Na Alemanha o termo “Grundrechte” surgiu na Constituição de 1848 e depois em 1919 na Constituição de Weimar, quando tomou forma sistemática²⁰.

Embora utilizada a expressão em 1770, seu sentido moderno precisou de elaboração mais moderna, tanto que a doutrina costuma diferenciá-los. “As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como

¹⁸ *Cfr.* MOREIRA, Vagner Rangel. Direitos humanos e fundamentais. Diferenciação, classificação e identificação. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 02 fev 2011. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.310588&seo=1>. Acesso em 07.jul. 2015.

¹⁹ *Cfr.* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 6a. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 35, 40 e 42.

²⁰ RIGHI, Eduardo. Direito Fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência. Curitiba: Juruá, 2007, p. 46.

sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista – universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”²¹

Pelas considerações apresentadas torna-se possível observar que embora sejam muitas as denominações protetivas aos direitos básicos do homem, a expressão “direitos fundamentais” se evidencia como a mais adequada para menção de direitos humanos que foram, em determinado momento, inclusos por meio da positivação em ordenamentos jurídicos próprios dos Estados, enquanto a expressão direitos humanos é utilizada para se referir à proteção de direitos a humanidade, aplicada através da internacionalização desses direitos.

1.3. Estrutura e mecanismos de salvaguarda dos Direitos Humanos

Para a salvaguarda dos direitos humanos, não basta sua enunciação, pois sem mecanismos de monitoramento, supervisão e fiscalização do cumprimento, o resultado seria apenas um grupo de enunciados sem qualquer efetividade. Os Estados, isoladamente, não apresentam o necessário desempenho suficiente para proteger os direitos humanos e, por isso, sentiu-se a necessidade da criação de sistemas e mecanismos que os protejam.²²

Existem dois níveis complementares nos quais se organizaram os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos: (i) o sistema em nível global, conhecido

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª ed., Coimbra: Livr. Almedina 1998, p. 393.

²² *Cfr.* BORGES, Alci Marcus Ribeiro; BORGES, Caroline Bastos de Paiva. Breves considerações sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10503&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em jul 2015.

como Sistema da ONU ou Sistema Universal e *(ii)* os sistemas regionais: o Sistema Europeu, o Sistema Interamericano; o Sistema Africano e o Sistema Árabe.

No sistema global, que encontra sua fundamentação imediata na Carta das Nações Unidas de 1945, é composto pelos seguintes principais órgãos: *(i)* a Assembléia Geral; *(ii)* o Conselho de Segurança; *(iii)* a Corte Internacional de Justiça; *(iv)* o Conselho Econômico e Social e *(v)* o Secretariado.²³

Sob o ponto de vista normativo, o Sistema da ONU é integrado por instrumentos normativos gerais e especiais. Quanto aos gerais (aplicáveis a toda e qualquer pessoa), têm-se principalmente os que formam a Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela *(i)* Declaração Universal dos Direitos Humanos; *(ii)* pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e *(iii)* pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nos instrumentos normativos especiais, encontram-se diversas Convenções Internacionais que cuidam de questões ligadas a pessoas ou certos grupos de pessoas em situação entendida como vulnerável.²⁴

Foram criados organismos e mecanismos extraconvencionais e convencionais com o objetivo de dar cumprimento aos instrumentos normativos gerais e especiais, bem como propiciar a vigilância, supervisão, monitoramento e fiscalização desse cumprimento. Os convencionais obrigam Estados e os extraconvencionais – apesar da inexatidão do termo – vinculam membros da Organização (v.g. Relatores Especiais e Grupos de Trabalho) e busca sua fundamentação jurídica diretamente na Carta da ONU e na Declaração Universal de 1948.²⁵

Os principais organismos e mecanismos convencionais e extraconvencionais são: *(i)* a Comissão de Direitos Humanos da ONU e seu sucessor *(ii)* o novo Conselho de

²³ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos..., p. 184.

²⁴ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos..., pp. 216-217 em que inclui nos instrumentos de proteção geral o Segundo Protocolo Facultativo contra a Pena de Morte. Para os especiais, nomina os seguintes: *(i)* Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio; *(ii)* a Convenção Internacional contra a Tortura, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; *(iii)* a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outros.

²⁵ ANNONI, Danielle. Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2004, p. 69

Direitos Humanos da ONU; *(ii)* os Comitês de Direitos Humanos e *(iii)* os Relatores Especiais e os Grupos de Trabalho.

Todos esses organismos mencionados cumprem com o papel de formar o sistema global de defesa dos direitos humanos, que de uma forma geral derivam todos da Organização das Nações Unidas e da aplicação de diversos documentos internacionais de proteção, dentre eles os principais: *(i)* Declaração Universal de Direitos Humanos (1948); *(ii)* Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (vigência a partir de 1976); *(iii)* Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, (vigência desde 1976); *(iv)* Convenção Contra Discriminação Racial (1965); *(v)* Convenção Internacional sobre a Extinção e a Punição do Crime de Apartheid (1973); *(vi)* Convenção sobre Direitos da Mulher (1979); *(vii)* Convenção Contra Tortura e outros Tratamentos e Punições, Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984); *(viii)* Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)²⁶.

De igual importância são os mecanismos regionais de defesa dos direitos humanos, representados sobretudo pelos Sistemas Europeu, Interamericano e Sistema Africano. No entanto, tais sistemas serão apresentados no capítulo seguinte, tendo em vista a sua relevância e ligação com o tema deste trabalho, sendo tratado de forma específica no que tange aos Tribunais Internacionais e Cortes de Julgamento.

²⁶ VEDOVATO, Luis Renato. Sistemas internacionais de proteção dos direitos fundamentais. A incorporação dos tratados de direitos fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Impactus, 2008, p. 72.

CAPÍTULO II – TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

2.1. Tribunais penais internacionais

Sob o título tribunais penais internacionais, estarão incluídos os Tribunais Militares, os Tribunais “ad hoc” e o Tribunal Penal Internacional, mostrando o caminho percorrido pelas instituições não-permanentes até o permanente Tribunal Penal Internacional, no atual estágio.²⁷

As guerras sempre estiveram presentes na história humana e muitas civilizações passaram a conquistar e manter o poder pela força bélica, tanto para a dominação político-militar, como para manter a dominação econômica e cultural.²⁸ É claro que esforços ocorreram para se determinar quando uma guerra seria justa, conceitos que avançaram com o cristianismo, e que se formalizaram em convenções internacionais que não admitiam a responsabilização individual, mas dos Estados. A Primeira Guerra Mundial mostrou que as atrocidades clamavam por alguma sanção que acabou não ocorrendo, em respeito à soberania do país que mantinha os principais autores dos crimes, entendidos assim à época. O entre-guerras, estruturou a limitação das soberanias dos Estados em prol do bem comum da comunidade internacional, admitindo-se a guerra defensiva e a guerra de sanção, criando-se a Sociedade das Nações (SDN), a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e tratados regionais. Ainda assim tais instrumentos tornaram-se pouco efetivos porque a liberdade de

²⁷ *Cfr.* parte III – O processo penal nos tribunais internacionais *in* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 81-153.

²⁸ GEMAQUE, Silvio Cesar Arouck. O Tribunal penal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. *In* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85.

ação era conferida aos poucos Estados signatários ante a ausência de unanimidade nas decisões do Conselho (arts. 15, §§ 6º e 7º do Pacto).²⁹

A Segunda Guerra Mundial eclodiu num cenário pouco apropriado à criação de organismos permanentes e à dificuldade de se entender que as questões de soberania representavam um obstáculo. O Tribunal Militar Internacional – o Tribunal Penal de Nuremberg – foi o resultado prático da Declaração assinada pelos aliados em 13 de janeiro de 1942 para punir os criminosos de guerra. Já o Estatuto da Corte, na criação do Tribunal, determinou que, no art. 1º, sua função era “julgar e punir, de maneira apropriada e sem demora, os grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo.”

O Tribunal funcionou com muitas características que não ficaram isentas de críticas, sendo aqui agrupadas de forma ilustrativa e que incluem questões processuais penais importantes: (i) composição somente com os juízes dos países aliados, sem contar com juízes dos países neutros ou vencidos; (ii) desconsideração da condição de oficiais como escusa absoluta e nem como diminuição de pena (art. 7º); (iii) desconsideração do argumento de defesa de que o acusado tenha agido em conformidade com as instruções de seus superiores, a não ser para diminuição de pena, caso o Tribunal assim venha a considerar (art. 8º); (iv) impossibilidade de recurso das sentenças da Corte (arts. 9º e 10); (v) possibilidade de julgamento à revelia do réu. Também viu-se pela primeira vez a determinação da responsabilidade pessoal, ao invés de somente os Estados e também a reunião de tarefas de pesquisa e acusação atribuídos ao Ministério Público, constituindo-se a Comissão de Instrução e Persecução.³⁰ De toda a forma, vê-se uma preocupação efficientista e pouco garantista tanto na formação quanto no desenvolvimento de seus julgamentos, inclusive avaliando-se seus resultados.

GEMAQUE anota que Francisco de Victoria (1480-1556), teólogo espanhol, ao escrever sobre a guerra justa, e depois de classifica-las em defensiva e de sanção, observou que “os conselheiros do príncipe têm também o dever, ao lado deste, de apreciar pessoalmente a justiça da guerra e de agir de acordo com a sua consciência em detrimento

²⁹ GEMAQUE, Silvio Cesar Arouck. O Tribunal penal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio..., pp. 84-88.

³⁰ GEMAQUE, Silvio Cesar Arouck. O Tribunal penal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio..., pp. 88-91.

até das ordens recebidas.” Esta seria uma sustentação mais antiga para a rejeição do argumento de defesa de escusa absolutória por seguir ordens superiores.³¹

As características eficientistas aparecem na possibilidade do Tribunal criar suas próprias regras, principalmente em relação às provas, já que o artigo 19 do Estatuto prevê que “o tribunal não será vinculado pelas regras técnicas à administração das provas. Adotará e aplicará tanto quanto possível um procedimento rápido e não formalista, admitindo qualquer meio que a Corte considere de valor probatório.” Não foi só neste ponto. Apesar de inexistir qualquer previsão no estatuto quanto às penas, entendeu-se que o Tribunal podia determinar a aplicação de qualquer penalidade, inclusive pena de morte, com base na Lei nº 10 de 20 de dezembro de 1945.

Há outra leitura para este artigo 19 no sentido de ser uma concessão feita aos membros do Tribunal de tradição da civil *law*, visto que o sistema processual adotado era predominantemente utilizado pela *common law*, por isso que se diz que predominou foi o adversarial em detrimento ao inquisitorial. Muitas dificuldades foram sentidas porque a defesa foi encarregada a advogados alemães, juristas eméritos, conhecedores do sistema continental que não prevaleceu naquele Tribunal.

O sistema adversarial predomina o papel passivo do Tribunal; uma ampla atividade da acusação; a existência de regras limitativas das provas; o uso da *cross examination* e a decisão feita pelo proeminente papel do júri. Porém, prevendo as dificuldades de reunir membros de diferentes culturas, segundo sugestões da França e da União Soviética, alguns elementos de característica inquisitorial acabaram sendo aceitos: (i) o papel mais ativo da Corte em relação à iniciativa das provas e à inquirição de testemunhas diretamente; (ii) o reconhecimento do direito dos acusados fazerem uma declaração final sem juramento; (iii) a simplificação das regras sobre as provas (vide art. 19 do estatuto); (iv) o direito de julgar acusados ausentes.³²

³¹ GEMAQUE, Silvio Cesar Arouck. O Tribunal penal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio..., p. 85, neste ponto cita GONÇALVES, Joanisval Brito. Tribunal de Nuremberg: 1945-1946, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 18.

³² GEMAQUE, Silvio Cesar Arouck. O Tribunal penal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio..., pp. 91-95.

Apesar das críticas da defesa quanto ao acesso de documentos que eram conhecidos antes pela imprensa e também pela prática da acusação em trazer testemunhas que se mantinham sigilosas até o momento da audiência, o Estatuto previu garantias mínimas aos acusados no artigo 16, muitas delas conhecidas hoje dentro do conceito de processo justo.

O artigo 16 tinha a seguinte redação³³: “Art. 16. A fim de assegurar que os acusados sejam julgados com equidade, o seguinte procedimento será adotado: a) o ato de acusação comportará os elementos completos, especificando em detalhes as acusações levantadas contra os acusados. Uma cópia do ato de acusação e de todos os documentos anexos traduzidos em uma língua que lhe seja compreensível será entregue ao acusado em um prazo razoável antes do julgamento; b) ao curso de todo interrogatório preliminar ou do processo de um acusado, este terá o direito de dar todas as explicações concernentes às acusações levantadas contra ele; c) os interrogatórios preliminares e o processo dos acusados deverão ser conduzidos em uma língua que o acusado compreenda, ou traduzidos para esta língua; d) os acusados terão o direito de realizar eles próprios suas defesas perante o Tribunal, ou de fazer-se assistir por um advogado; e) o acusado terá o direito de trazer ao processo, seja pessoalmente, seja por intermédio de seu advogado, todas as provas de apoio a sua defesa, e de formular perguntas a todas as testemunhas apresentadas pela acusação.”

Certamente muitos pontos ainda merecem atenção em relação ao Tribunal de Nuremberg, mas para este trabalho, devem ser destacados aqueles que se referem a uma tendência quanto à internacionalização dos julgamentos criminais, em casos especiais, o caráter pedagógico de seu julgado e, por fim, um caminho apontando para a necessidade de um sistema penal internacional permanente. Também são consideráveis os esforços para reunir as principais garantias como parte do processo justo e a ausência de importantes salvaguardas, objeto de críticas anteriores e que hoje também se somam ao conceito de processo justo.

Seguindo as mesmas linhas do Tribunal de Nuremberg, o Tribunal Penal de Tóquio – Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente – teve seu Estatuto estabelecido

³³ Cfr. http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf, acesso em 08 de julho de 2015.

pelo General D. MacArthur, então administrador do Japão. Seguiu-se as regras de Nuremberg, prevalecendo o sistema adversarial, incluindo e definindo alguns crimes de maneira diferente.³⁴ O Tribunal era composto por juizes de países diversos, aceitando-se recursos contra as suas decisões (para a Suprema Corte dos Estados Unidos), mas também não escapou de diversas críticas, principalmente por não julgar o próprio Imperador. De toda a forma, mostra-se como uma extensão da experiência de Nuremberg.

O Estatuto do Tribunal Penal de Tóquio, em seu artigo 9º, apresentava o limitado rol que compunha o direito ao processo justo para os acusados, inclusive fazendo várias restrições. Pelo art. 9(a) a acusação deveria ser composta por um texto conciso com a descrição de cada crime apontado. Ao acusado deve ser fornecido, em tempo adequado para a defesa, uma cópia da acusação e suas complementações numa língua que o acusado compreenda. A língua a ser adotada nos julgamentos é o inglês e na língua do acusado. O art 9(b) determina que as traduções dos documentos podem ser fornecidas se necessárias e se requeridas. No art. 9(c) o acusado tem o direito de ser representado por advogado de sua escolha – porém com a possibilidade de recusa a qualquer tempo pelo tribunal. Se o acusado que se defende sem advogado, solicitar um na corte, esta designará um para ele. Se não houver pedido do acusado, pode o tribunal nomear um advogado se tal procedimento for necessário para lhe garantir um processo justo. Pelo art. 9(d), por advogado ou pessoalmente – mas não por ambos - de conduzir sua defesa, incluindo o direito de examinar qualquer testemunha, sempre sujeito às restrições razoáveis que o tribunal possa vir a determinar. Por fim, o art. 9(e) determina que o acusado pode pedir ao tribunal para produzir provas testemunhais e documentais, também informando onde tais provas se encontram e a relevância delas. Se o tribunal aceitar o pedido, deve auxiliar a obter tais produções de prova com a circunstância assim o requerer.³⁵

O Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia, instalado em Haia, na Holanda, foi resultado da admissão dos estados fragmentados da Ex-Iugoslávia na ONU em 1992 (Croácia, Eslovênia e Bósnia) e as atrocidades ocorridas em seu território - que ainda incluía Sérvia e Montenegro – nos anos 80 e 90. Tais atrocidades ocorreram com a morte

³⁴ Cfr. <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>, acesso em 08 de julho de 2015.

³⁵ Ver Charter of the International Military Tribunal for the Far East. Disponível em <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0020.pdf>, acesso em 27 de novembro de 2016.

do General Tito (1980) e a desintegração econômica dos blocos socialistas (1987). Mais de 50 anos se passaram desde Nuremberg, por isso, apesar de ser um tribunal “ad hoc” e ainda contar com muitas críticas, vários progressos foram sentidos no desenrolar dos seus trabalhos, como mais um degrau para se atingir um tribunal penal internacional permanente.³⁶

Por meio da Resolução 827, de 25 de maio de 1993, o Conselho de Segurança da ONU instituiu o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (ICTY na sigla em inglês), composto por juízes de carreira e não por juízes militares só dos países vencedores, como em Nuremberg e Tóquio. O objetivo do Tribunal foi o de responsabilizar pessoas que praticaram crimes contra o Direito Humanitário Internacional durante a guerra que fragmentou a Iugoslávia.³⁷

Muitos foram os progressos sentidos nos trabalhos do Tribunal, fixando bases para uma nova disciplina, o Direito Internacional Penal e também importantes precedentes para o conceito moderno de processo justo. Apontam-se o fato de que lá se adotaram muitos princípios e soluções jurídicas nunca utilizadas anteriormente: *(i)* implementaram o conteúdo dos Convênios de Genebra; *(ii)* o desenvolvimento dogmático da doutrina da responsabilidade por atos de comando; *(iii)* a conceituação das violações sexuais como tortura e crimes contra a humanidade. Aclaram-se conceitos como crime de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, conceitos que não estavam claros em Nuremberg. A pena mais grave prevista era a prisão perpétua. Em Nuremberg foram responsabilizadas organizações, mas no ICTY foram responsabilizadas somente indivíduos, sendo que os fatos ficaram restritos a uma determinada área, o que não ocorreu em Nuremberg.

O meticuloso registro feito pelos alemães tornou as questões de prova bastante mais simples em Nuremberg do que no caso da Ex-Iugoslávia, sendo importante o trabalho

³⁶ VILARES, Fernanda Regina e RUSSO, Luciana. O Tribunal penal internacional da Iugoslávia. In FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 136-140.

³⁷ Ver sobre os Tribunais Penais Internacionais em <https://icrc.org/por/resources/documents/misc/5tndf6.htm>, acesso em 07 de agosto de 2015.

relacionado com a colheita e apresentação das provas, privilegiando a prova testemunhal e, de outro giro, dando-lhe proteção em relação à sua identificação (art. 22 do Estatuto).

Quanto ao processo, o ICTY valeu-se das regras criadas pelos juízes e baseadas no *common law*, primordialmente adversarial, mas aceitando-se certo hibridismo com as regras inquisitoriais do *civil law* (aplicado na própria Iugoslávia). Acusação e defesa encontram-se em igualdade perante a Corte (adversarial), mas admite-se que o acusado seja ouvido sem prestar compromisso de dizer a verdade (inquisitorial). O julgamento se deu perante uma corte e não perante um júri e não mais se admitiu o julgamento à revelia do réu. Adotou-se o modelo conhecido como *due process of law*, ou seja, que o processo deveria ser justo no sentido de garantia de legalidade e justiça.³⁸

Após a confirmação da acusação é que o indivíduo averiguado tem o *status* de acusado (regra 47, H, ii). No Estatuto do ICTY, no artigo 21, evidenciam-se as preocupações com o direito dos acusados, nos seguintes termos: “1. Todas as pessoas são iguais perante o Tribunal Internacional. 2. Na determinação da acusação contra si, ao acusado deve ser garantido uma justa e pública audiência conforme artigo 22 do Estatuto. 3. O acusado deverá ser presumido inocente até provada a sua culpa de acordo com as determinações do presente Estatuto. 4. Em determinação a qualquer acusação contra o acusado em conformidade com o presente Estatuto, ao acusado devem ser asseguradas as seguintes garantias mínimas, em plena condição de igualdade: (a) ser informado imediatamente, com detalhes e numa língua que compreenda sobre a natureza da causa das acusações contra si; (b) ter tempo adequado e as facilidades necessárias para o preparo de sua defesa e a comunicação com defensor de sua própria escolha; (c) ser julgado sem retardos indevidos (duração razoável); (d) estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou através de assistência legal de sua própria escolha; ser informado, se não tem assistência jurídica, deste direito; e ter assistência jurídica assinada a ele, nos casos em que os interesses da justiça assim o requeiram, gratuitos no caso de não possuir meios suficientes para tanto; (e) examinar ou ter examinado, os testemunhos contra si; de obter atendimento para o exame de testemunhas em seu favor sob as mesmas condições das testemunhas contra si; (f) ter livre assistência de um intérprete se não puder entender ou

³⁸ VILARES, Fernanda Regina e RUSSO, Luciana. O Tribunal penal internacional da Iugoslávia..., pp. 144-145.

falar a língua utilizada no Tribunal Internacional; (g) não ser obrigado a testemunhar contra si ou confessar-se culpado.³⁹

ROBINSON defende que houve a aplicação do padrão possível de processo justo pelas decisões específicas do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia⁴⁰ e é certo que ocorreram avanços consideráveis tanto na composição da corte quanto no crescente número de garantias do processo justo ao acusado, incorporando outros desdobramentos do processo justo.

O Tribunal Penal Internacional de Ruanda – ICTR, instalado em Arusha, Tanzânia, também um tribunal “ad hoc”, mantém alguns problemas sentidos nos anteriores (ser um tribunal de exceção, criado após o fato a ser julgado e inexistir crime definindo previamente ao seu cometimento). Tratou-se de julgar crimes graves ocorridos no território de Ruanda e Burundi, principalmente pelas disputas violentas, nos anos 90, entre duas etnias (tutsi e hutu), acirradas logo após um acidente aéreo em que os presidentes dos dois países morreram.⁴¹

O sistema adotado foi o híbrido em que nenhum dos dois prevalece mas são informados por ambos, sendo muito valorizados os precedentes judiciais, com a valorização dos detalhes fáticos de cada caso, ao estilo do sistema adversarial, sendo que os direitos do acusado foram previstos no artigo 20 do Estatuto e no artigo 9 apresentam-se as regras do non bis in idem sobre o relacionamento dos julgados do Tribunal Internacional e dos tribunais locais.⁴² Não faltaram críticas ao Tribunal de Ruanda, justamente pela sua falta de estrutura e lentidão de suas conclusões, servindo pouco para dar uma resposta aos clamores de um modelo rápido e eficiente de justiça criminal internacional.⁴³ Há também

³⁹ Estatutos do Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia em http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, acesso em 08 de julho de 2015.

⁴⁰ ROBINSON, Patrick. The right fo a fair trial in International Law, with specific reference to the work of the ICTY, Berkeley Journal of International Law Publicist, vol. 3, 2009, pp. 3-14.

⁴¹ VILARES, Fernanda Regina. O tribunal penal internacional de Ruanda. In FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 112-116.

⁴² Ver <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>, acesso em 8 de julho de 2015.

⁴³ HOWLAND, Todd e CALATHES, William. The International Criminal Tribunal: is it justice or jingoism for Rwanda? A call for transformation. Virginia Journal of International Law, Charlottesville, v. 39, n. 1, 1998.

críticas sérias sobre a violação dos direitos ao processo justo porque o Tribunal de Ruanda permitiu a uso de testemunhas sem identificação, dificultando o exercício da defesa no sentido de examinar de forma ampla e completa tanto a indicação como avaliar a veracidade, credibilidade e isenção das testemunhas de acusação.⁴⁴

O Tribunal Penal Internacional – TPI representou a consolidação das experiências anteriores nos tribunais militares e também “ad hoc” para se construir um organismo internacional permanente, valendo-se de diversas fontes do direito, admitidos: (a) os documentos fundamentais de criação e sua regulamentação, sendo eles os Elementos Constitutivos do Crime e Regulamento de Provas e dos Procedimentos (art. 21.1.A); (b) fontes secundárias compostas por tratados internacionais, princípios e normas de direito interancional aplicáveis, inclusive e especialmente os estabelecidos pelo direito internacional dos conflitos armados (art. 21.1.B); e (c) fontes terciárias como os princípios gerais de direito extraídos do direito nacional dos diferentes sistemas jurídicos, desde que compatíveis com as fontes primárias e secundárias (art. 21.1.C).⁴⁵ Nesta questão de fonte, nota-se o necessário diálogo com as jurisdições distintas, no sentido de cima para baixo, primeiro as regras internacionais, depois outras internacionais e, se nenhuma resolver a questão da fonte, normas nacionais compatíveis.

O tribunal permanente julga crimes internacionais de maior gravidade, como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.⁴⁶ É importante notar que, de um lado, é dada uma importância muito grande para a sua própria jurisprudência, funcionando como uma das maneiras de prestar coerência e segurança nos seus pronunciamentos (Art. 21.2 do Estatuto de Roma). De outro lado a importância dada às garantias do processo justo (Art. 21.3. do Estatuto de Roma) de forma a garantir que o objetivo do TPI não é a vingança ou um compromisso exclusivo ou preponderante com o eficientismo punitivo, eis que a mensagem é clara: “o respeito ao padrão internacional do

⁴⁴ *Cfr.* POZEN, Joanna. Justice Obscured: The Non-Disclosure of Witnesses' Identities in ICTR Trials. NYUJ Int'l. L. & Pol., v. 38, p. 281, 2005.

⁴⁵ *Cfr.* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O Tribunal Penal Internacional. Jurisdição Permanente para os Crimes Internacionais in FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito Processual Penal Internacional. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 161-164.

⁴⁶ *Cfr.* ZILLI, Marcos Alexandre. O Tribunal Penal Internacional – Jurisdição permanente para os Crimes Internacionais in FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 167.

devido processo assegura, enfim, a legitimidade do próprio poder punitivo internacional”⁴⁷, ou seja, o respeito às garantias do processo justo é que legitimam a atuação do TPI.

Destaca-se também o *princípio da complementaridade* que, em síntese, permite ao Estado nacional aplicar a persecução dos crimes internacionais, valendo-se de sua estrutura e com base nas normas internacionais e, caso se verifique o desejo velado ou não de promover a impunidade de seus agentes ou a incapacidade estrutural do país, a competência é transferida de imediato e supletivamente para o TPI.⁴⁸

2.2. Cortes Internacionais de Direitos Humanos

Ao lado dos diversos documentos originalizados da Organização das Nações Unidas e que formam um aparato protetivo universal, é de se observar que também existem diversos movimentos regionalizados que também possuem documentos internacionais próprios e que em sua maioria das vezes se encontram em consonância com os documentos universais, mas que possibilitam uma proteção aos direitos humanos de forma regional.

Dentre os documentos, é importante destacar a existência da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e também e não menos importante a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1980), que embasam os sistemas regionais Europeu, Interamericano e Africano de proteção aos direitos humanos.

⁴⁷ Cfr. ZILLI, Marcos Alexandre. O Tribunal Penal Internacional – Jurisdição permanente para os Crimes Internacionais in FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 165.

⁴⁸ A ausência de vontade de punir pode ser entendida como: “(a) decisão nacional proferida com o claro propósito de subtrair o agente de sua responsabilidade penal; (b) demora injustificada da persecução em uma demonstração clara de vontade de não punir os responsáveis e; (c) comprometimento da imparcialidade ou independência das autoridades nacionais na condução da persecução penal.” (Art. 17.2 (a) (b) do Estatuto de Roma. Por sua vez, configuram a incapacidade estrutural, conforme o Art. 17.2 (a) (b) do Estatuto de Roma: (a) colapso total ou parcial da administração da justiça; (b) incapacidade da justiça nacional em fazer comparecer o acusado; e (c) incapacidade da justiça nacional em concluir a persecução penal.” Cfr. ZILLI, Marcos Alexandre. O Tribunal Penal Internacional – Jurisdição permanente para os Crimes Internacionais in FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 174.

O sistema europeu conta com duas organizações internacionais de proteção dos direitos humanos, é o mais consolidado e foi fruto dos horrores perpetrados pela 2ª Guerra Mundial, e tem como objetivo o estabelecimento de medidas protetivas para se evitar a violação aos direitos humanos, vez que surgiu num momento de ruptura e reconstrução desses direitos.

No sistema europeu além de ter uma série de documentos protetivos é um dos pioneiros na experiência de judiciliação centralizada desses direitos por meio da Corte Européia de Direitos Humanos.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) foi realizado pelo Conselho da Europa (criado em 1949), sendo a Convenção denominada como Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, sendo seu conteúdo direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais somente passaram a integrar seu âmbito de atuação após a Carta Social Europeia (1965), que pugna pela implementação de direitos.⁴⁹

Com o Protocolo 11 (1998) a Convenção Europeia de Direitos Humanos entrou em vigor para substituição da Comissão e da Corte Europeia, se tornando um órgão definitivo, o que possibilitou aos diversos grupos o acesso direito à Corte por meio do direito de petição em caso de violação de direitos, possuindo competência consultiva e contenciosa, e tem evidenciado um alto grau de cumprimento das decisões.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos conta com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). A Convenção Americana autoriza e cria dois órgãos para combate de violações aos Direitos Humanos, sendo eles: (i) Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1959) e (ii) Corte Interamericana dos Direitos Humanos (1960). A Comissão admite as demandas dirigidas à Corte Interamericana, enquanto esta atua jurisdicionalmente de forma consultiva, e em casos de grave perigo pode apresentar as medidas provisionais.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, pp.65-67

O momento histórico no qual o sistema interamericano se insere é de grande relevância, tendo em vista as peculiaridades regionais existentes nessa região, vez que existem grandes desigualdades sociais e democracias que se consolidam gradualmente, havendo ainda resquícios de um período ditatorial em diversos Estados-Membros que o formam, ainda reforçado por um estado de violência e de impunidade, sem marcos relevantes de defesa aos direitos humanos até então⁵⁰.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) firmada em São José, na Costa Rica lhe deu a nomenclatura de Pacto de San José da Costa Rica, com sua vigência ocorrida somente em 1978 é o documento de maior importância para esse sistema. Só podem aderir à Convenção os membros da Organização dos Estados Americanos, que mesmo antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos já adotava a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Esta Convenção Americana adota o catálogo de direitos civis e políticos tal qual o Sistema Europeu, anuncia ainda de forma clara o direito social, cultural e econômico, mas limita-se a determinar que o alcance fica por conta dos Estados e deve-se adotar o seu alcance progressivo. Em 1988 foi adotado um Protocolo adicional denominado Protocolo de San Salvador sobre os direitos sociais, econômicos e culturais. Cabe à Convenção Americana a função garantidora de pleno exercício desses direitos e liberdades.

Foi a partir da Convenção Interamericana que foi criada a Corte Interamericana especializada em Direitos Humanos, que se incumbirá da admissibilidade de uma reclamação, e permite a participação dos indivíduos e representantes de todas as fases do processo, junto com a Comissão e o Estado envolvido na violação dos direitos humanos que chegou ao sistema.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85.

É importante nesse sistema destacar que Corte Interamericana possui competência para julgar qualquer situação em que o Estado-membro tenha violado direitos humanos protegido pela Convenção.⁵¹

No sistema africano o principal documento que impulsiona a defesa regional dos direitos humanos é a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) e já foi ratificada pela maioria dos Estados-membros da Organização da Unidade Africana (OUA), sua vigência data de 21 de outubro de 1986, e embora jovem tem em seu texto um progresso significativo em relação a proteção dos direitos humanos.

É a Carta africana a primeira convenção internacional que reconhece que os povos são titulares de direitos humanos e que os povos tem direito à preservação do equilíbrio ecológico. A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos atua de forma a promover e assegurar a proteção de tais direitos.

A criação da Corte Africana dos Direitos Humanos não foi idealizada de início, somente em 2004 com o Protocolo Adicional é que se estabeleceu sua criação. De relevância se destacar que a Carta Africana é atenta as questões históricas e valores específicos e regionais da comunidade africana⁵².

Por fim, para os aspectos relevantes deste trabalho, devemos indicar que a Liga das Nações Árabes, ao se formar e promulgar sua Carta, deixou de abordar os Direitos Humanos, razão pela qual, em 2004 promulgou a Carta Árabe sobre Direitos Humanos, ou apenas Carta Árabe, justamente para alinhar os países da Liga Árabe com as principais e mais detalhadas conquistas dos Direitos Humanos como o fizeram os sistemas europeu e interamericano. A Carta Árabe está em processo de adoção pelos diversos países, observando-se que ainda faltam muitas ratificações. Tem-se a notícia de que cinco países a assinaram (Argéria, Egito, Arábia Saudita, Tunísia e Iêmem, mas somente a Jordânia a teria ratificado até o momento. De toda a forma, o direito ao processo justo está garantido em sua essência pelos artigos 12 a 23, incluindo o direito de ser examinado por um médico

⁵¹ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASSOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

⁵² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 121.

e ser alertado sobre este direito (Art. 14.4); o direito de indenização pela prisão ilegal (Art. 14.7); o direito a ter aplicado em seu caso a legislação posterior mais benéfica (Art. 15); o direito de indicar e examinar testemunhas da mesma forma que a acusação (Art. 16.5); o direito de ter sua pessoa e vida privada respeitada em qualquer circunstância (Art. 16.8); o direito das crianças acusadas se sujeitarem a um regime jurídico especial (Art. 17); o direito de não ser preso por dívidas ou por não ter cumprido qualquer obrigação civil (Art. 18); o direito de não ser julgado novamente pelos mesmos crimes (Art. 19.1); o direito de indenização pelos prejuízos sofridos em caso de final julgamento absolutório (Art. 19.2); o direito do condenado a ser tratado com humanidade e respeito inerentes à dignidade humana na prisão (Art. 20.1); o direito do individual preso a ser separado dos demais presos já condenados e a ter tratamento apropriado para o seu status de não condenado (Art. 20.2); o reconhecimento de que o sistema prisional deve reformar e reabilitar prisioneiros (Art. 20.3).⁵³

⁵³ Ver o texto da Carta Árabe disponível em http://www.eods.eu/library/LAS_Arab%20Charter%20on%20Human%20Rights_2004_EN.pdf, acesso em 27 de novembro de 2016.

CAPÍTULO III – PROCESSO PENAL JUSTO

3.1. Estado atual da compreensão do processo justo

O positivismo jurídico, ao enaltecer os aspectos normativos e visando uma objetividade dos termos utilizados nos textos da lei, procurou evitar as difíceis interpretações daqueles termos que evocavam valores, nem sempre tão precisos como justiça ou justo.⁵⁴

Por este motivo, na tradição jurídica recente, principalmente dos países que se valem do *civil law*, dá-se preferência ao sentido anglo-saxão do princípio do devido processo legal (*due process of law*), justamente para exprimir o máximo de objetividade possível naquilo que seria aceitável em termos de processo penal.⁵⁵ Isso não significa que os valores processuais não estariam contemplados em princípios, mas seriam de outra ordem, mais como orientações e finalidades a serem atingidas por toda e qualquer regra de processo e seu produto, conhecidas, no Brasil, como princípios informativos do processo.⁵⁶

Os antecedentes do devido processo legal remontam à Magna Carta de 1215, cujo texto impunha limites ao poder do Rei João sem terra, no entanto, a expressão surgiu, pela primeira vez, em 1354, com Eduardo III, em texto que fazia referência à Magna Carta, sob o título de *Liberty of Subject Act*, (28 Edward 3) com os seguintes dizeres: "No man of

⁵⁴ Assim é que se explica a crítica de normativistas como Hans Kelsen quando chega a publicar obra sob o título de O problema da Justiça, exatamente demonstrando as dificuldades de se estabelecer critérios suficientemente objetivos para sua determinação e a preconizar que o juízo de valor não pode incidir sobre normas. *Cfr.* KELSEN, Hans. O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 5-12.

⁵⁵ "A fim de evitar controvérsias interpretativas que poderiam advir por conta do subjetivismo da expressão devido processo, o seu emprego foi evitado pelo legislador internacional. Como solução, optou-se pelo caminho da especificação das garantias que deveriam ser respeitadas de modo a atenderem um *standard* mínimo do *fair trial*. Dessa forma, aos Estados foi indicado o paradigma internacional do devido processo penal, o qual deveria ser implementado e obedecido por seus respectivos sistemas jurídicos. *Cfr.* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os caminhos da internacionalização do processo penal *in* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito Processual Penal Internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 38.

⁵⁶ *Cfr.* CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 19a. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 50-51.

what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by *due process* of the law.”⁵⁷

Na época de Eduardo III já se dizia que o princípio significava não só uma de garantia da legalidade, mas também de justiça.⁵⁸ O verbete do Black’s Law Dictionary, sob o título, “due process clause”, menciona que existem duas cláusulas com este sentido na Constituição americana, na quinta e décima-quarta emendas, observando-se dois aspectos o processual – no qual se garante o processo justo e o substancial – que protege os bens da pessoa contra interferência ou apreensão injusta pelo governo. Neste ponto se vê o recurso ao termo justo. No verbete “due process of law”, destacam-se os trechos em que o “devido processo legal resulta no direito da pessoa implicada de ser apresentada perante o tribunal que pronunciará o julgamento sobre uma questão da vida, liberdade ou propriedade no sentido mais abrangente.” Também prossegue, noutra trecho, mencionando que “o devido processo significa fundamental e substancial justiça”, pelo que cita o precedente do caso *Vaughn v. State*, 3 Tenn. Crim. App. 54, 456 S. W. 2d 879, 873.⁵⁹

Ainda prossegue o verbete dizendo que está incorporado no conceito de devido processo legal, os direitos básicos de um réu no processo penal e os requisitos de um processo justo. Esses direitos e requerimentos foram expandidos pelas decisões da Suprema Corte e incluem, citação com o apropriado prazo sobre um julgamento ou processo que informe ao acusado das acusações contra si, a oportunidade para confrontar os acusadores e de apresentar provas sob sua própria responsabilidade ante a um imparcial júri ou juiz; a presunção de inocência sob a qual a culpa deve ser provada por provas obtidas legalmente, sendo que o veredicto deve ser feito sobre as provas apresentadas; o direito de que o acusado seja avisado sobre seus direitos constitucionais nos estágios mais iniciais do processo criminal e, ainda, a garantia de que o indivíduo não seja processado mais de uma vez pela mesma ofensa.⁶⁰ Com relação ao verbete “due process rights”, anota-se que são todos os direitos com fundamental importância que requerem atendimento com os padrões de justiça do devido processo (*standards of fairness and justice*). Seriam

⁵⁷ Cfr. <http://www.duhaim.org/LegalDictionary/D/DueProcess.aspx>, acesso em 8 de julho de 2015.

⁵⁸ VILARES, Fernanda Regina e RUSSO, Luciana. O Tribunal penal internacional da Iugoslávia..., p. 145.

⁵⁹ Black’s Law Dictionary, 6a. ed., 12a. reimpressão, St. Paul: West Group, 1998, pp. 500-501.

⁶⁰ Black’s Law Dictionary, p. 501.

direitos processuais e substanciais dos cidadãos contra os atos de governo que ameaçam a vida, liberdade ou propriedade.

O devido processo legal formal pode ser entendido como um conjunto de garantias em relação ao processo, enquanto o devido processo legal substantivo ou substancial pode ser entendido como a realização de outros valores fundamentais previstos na constituição pelo processo, como a liberdade e a intimidade, no caso americano.⁶¹

A expressão “processo justo” é uma versão para o português do termo inglês “fair trial” que passou a significar mais do que julgamento ou até mesmo processo, pois no processo penal, os requisitos do processo justo são sentidos também na fase das investigações e também no cumprimento da pena.

O que se percebe é que muitos tratam processo justo como um sinônimo de devido processo legal e que, para o direito norte-americano, *fair trial* é uma garantia constitucional básica contida implicitamente na cláusula do devido processo legal da 5^a. e 14^a. Emenda na constituição norte-americana.⁶²

DINAMARCO, ao falar do processo civil, menciona que ligado ao escopo de realizar a justiça, têm-se o conceito, hoje corrente na teoria processual, de processo justo. Para o autor, “justo será, em primeiro lugar e acima de tudo, o processo que ofereça resultados justos aos litigantes em sua vida comum. Mas, para ter-se razoável segurança de que o processo oferecerá resultados substancialmente justos, ele há de ser justo em si mesmo, mediante o tratamento isonômico dos litigantes, liberdade de atuar na efetiva defesa de seus interesses, participação efetiva do juiz, imparcialidade etc. Ao conjunto de

⁶¹ CONKLE, Daniel O., Three Theories of Substantive Due Process (2006). 85 North Carolina Law Review 63 (2006); Indiana Legal Studies Research Paper No. 53. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=911628>, acesso em 15/11/2016. O autor descreve três teorias para explicar como a Suprema Corte Americana decide os casos que invocam o devido processo legal substantivo (tradição histórica, julgamento fundamentado e evolução dos valores nacionais), sugerindo que a teoria desenvolvida por ele, a “evolução dos valores nacionais” (tradução livre de “evolving national values”) pode produzir as melhores decisões pois se baseia no consenso nacional contemporâneo e pelo julgamento politico-moral independente do Tribunal, de forma a captar como os valores discutidos no caso são sentidos no balance do consenso e da moral política atual, particularmente sensível nos casos de comportamento sexual privado, citados no texto.

⁶² V Emenda: “no person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law” e XIV Emenda “nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”.

garantias destinadas a conferir ao processo esse perfil de instrumento justo, a Constituição e a doutrina dão a qualificação de devido processo legal (Const., art. 5º, inc. LIV) e o exercício do poder estatal no processo só será política eticamente legítimo quando observada essa cláusula de aceitação geral no processo civil moderno.”⁶³ Também já se disse que o devido processo legal implica “a adoção do procedimento contraditório, na plena igualdade entre acusação e defesa no controle jurisdicional prévio sobre a pretensão punitiva.”⁶⁴

Entende-se que o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro “é um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Assim, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais princípios dela defluiriam.” Em resumo, o devido processo legal é aquele “que se desenvolv[e] perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável.”⁶⁵

Sob o ponto-de-vista dos Tribunais Internacionais, o processo justo é encontrado basicamente nos textos de diversos tratados, como o artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 7º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Diferente das garantias concretas que são compreendidas na ideia de processo justo, falar em direito a um processo justo é falar de um direito geral e que requer avaliar o processo como um todo. Desta forma, é possível concluir que o conceito de processo justo é impreciso, mas que pode incluir garantias bastante concretas, concretizando-se em cada caso julgado diante de suas particularidades. Se algumas delas não forem respeitadas, não há processo justo. Por outro lado, defende-se que se todas forem respeitadas, ainda é possível

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62.

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol I, Campinas: Millennium, 2009, p. 62.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito processual penal, Tomo I, São Paulo: Elsevier, 2007, pp. 42-43.

que não haja processo justo, pois neste é necessária a verificação concreta da inexistência de qualquer influência, pressão, intimidação ou interferência, direta ou indireta, por qualquer motivo em qualquer das partes que o compõem e compreendem: (1) regras básicas: (i) direito a ser tratado com igualdade perante os tribunais; (ii) o direito de um julgamento público e justo por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei; (iii) o direito de ser considerado presumidamente inocente; (2) garantias mínimas do direito ao processo justo: (i) direito de ser informado sobre as acusações; (ii) direito de preparar a defesa e se comunicar com seu advogado; (iii) o direito de ser julgado sem dilações indevidas; (iv) o direito de estar presente durante o julgamento, de defender-se e ser assistido por um advogado; (v) o direito de indicar e examinar as testemunhas; (vi) o direito da assistência gratuita de um intérprete; (vii) o privilégio contra a autoincriminação; (3) outras regras decorrentes do direito ao processo justo: (i) as especiais garantias para os menores; (ii) o direito de recorrer; (iii) o direito de indenização pela condenação indevida; (iv) o direito de não ser processado uma segunda vez pela mesma ofensa e (v) o direito de não ser considerado culpado por um ato ou omissão que não era considerada crime ao tempo de seu cometimento.⁶⁶

Assim é que “a tutela jurisdicional efetiva é (...) não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental”, sendo esta tutela jurisdicional efetiva revelada pela “constitucionalização e internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelam o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.” Esse conjunto de garantias é que se chamou de devido processo legal (na expressão da constituição norte-americana) ou processo justo (expressão da Convenção Europeia de Direitos Humanos e também do artigo 111 da Constituição italiana).⁶⁷

⁶⁶ Trata-se de um resumo da interpretação do Comitê de Direitos Humanos sobre o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (sigla em inglês: ICCPR) ZHANG, Jixi. Fair trial rights in ICCPR in *Journal of politics and law*, vol. 2, n. 4, dez/2009. Extraído de www.ccsenet.org/journal.html, acesso em junho de 2015.

⁶⁷ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>, acesso em 07 de julho de 2015.

No presente trabalho, não se adota a ideia de que processo justo seja somente um conceito legal. Na verdade, entende-se que ele é formado pela “construção jurídica que a doutrina e a jurisprudência constitucional elaboraram mediante um trabalho de hermenêutica a partir dos direitos e garantias do processo constitucionalizado”.⁶⁸ A questão é que o processo justo tem sido invocada na jurisprudência do STF⁶⁹ bem como sua construção parte de interferências externas nas decisões das Cortes internacionais quando analisam as decisões e atos locais. Por este motivo, deixou de ser uma simples construção hermenêutica e passou a representar uma categoria nova no direito brasileiro. Nova, porque não basta dizer que é um sobreprincípio, um super princípio ou um aglutinador de outros princípios. Os princípios se chocam e colidem ora com eles próprios e ora com as regras – tanto que justificou a concepção da proporcionalidade entendida em Alexy⁷⁰. No entanto, dizer que o justo processo se resume ao devido processo legal, ainda que com *status* de princípio maior, não é completo, pois há o elemento ético do termo justo que, como valor que é, não se contenta com o cumprimento de fórmulas ou regras simplesmente exteriores e assépticas. Tais valores estão expressos de alguma forma no conteúdo do princípio da “dignidade humana”⁷¹ e na outra ponta com a “moralidade” nos atos do Estado, porém, no processo, esses princípios se fundem com o procedimento e a atuação conjunta e coordenada dos atores do processo. Se processo justo for sinônimo de devido processo legal (formal e substancial), este também significa mais do que atender ao conjunto de princípios e garantias esculpidas em nosso sistema.

⁶⁸ SOUZA, Artur César, A ‘PARCIALIDADE POSITIVA’ DO JUIZ E O JUSTO PROCESSO PENAL, tese de doutorado defendida na UFPR, Curitiba: s/ed., 2005, p. 340.

⁶⁹ Reclamação 4666 PR, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 30/10/2006, em que destaca a relação feita pelo Relator, em que menciona ser o “fair trial” uma faceta do devido processo legal: “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do fair trial é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na [Constituição](#) de 1988.”

⁷⁰ Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 85-179.

⁷¹ Ingo Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988, 2a. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60 em que se lê que a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complex de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contrato todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Também não concordamos em dizer que o processo justo seria a realização do aspecto material do devido processo legal, pois este aspecto refere-se ao resultado em relação a outros princípios igualmente constitucionais, quase que indicando uma moral e aquilo que for melhor para atender ao bem comum. Não satisfaz dizer que é um padrão jurídico (ou paradigma jurídico), ou um *standard* jurídico simplesmente, pois há, como nos princípios, vários outros desdobramentos com o mesmo nome designativo. A investigação séria não nos permite deixar de nominar um fator tão importante e multissignificativo, principalmente para a mentalidade construída sobre as regras do sistema continental europeu da *civil law*, como é o nosso.

É o paradoxo da receita culinária, utilizado aqui como recurso didático, em que a soma dos ingredientes, mais a forma de preparo, resultam num produto sempre diferente da simples soma de suas partes, a depender de quem executa a receita. Apesar das instruções serem compreensíveis, a forma de praticá-las faz do resultado algo diferente. Os ingredientes são os princípios legislados e resultantes dos tratados de direitos humanos e decorrentes da interpretação de seus termos (CF, art. 5º, § 2º). O modo de preparo é a sucessão de atos processuais com a participação efetiva de seus atores. O resultado é um conjunto que se pode dizer “processo justo” como conjunto de suas partes componentes e como resultado.

Pelas dificuldades e constatações apresentadas, para nós o Processo Justo é um *Conjunto Significativo* para indicar um grupo de princípios, regras e atos permeados com a ética (moralidade, boa-fé, lealdade), que agrega uma função criadora sempre apta a incorporar novas interpretações e novos institutos, cristalizados pela experiência dos povos nos julgamentos internacionais. É um verdadeiro bloco pois é possível identificar seus elementos constitutivos como princípios, regras e atos, bem como as questões éticas e comportamentais da boa-fé, lealdade e respeito, ainda que aparentes e externos⁷². A boa-fé e lealdade estão ligadas às partes e atores do processo, bem como a ética como isenção e imparcialidade do julgador, sua vontade sincera e postura em realmente considerar as alegações das partes e partir da ideia de que o réu seja presumivelmente inocente e que o

⁷² Como se explicou, não se resume a uma somatória de princípios, ainda que boa-fé, moralidade, lealdade possam ser entendidos como princípios processuais, pois na tradição brasileira, tais princípios ocupam um formato prático, externo e puramente formal.

labor probatório atenda a um outro padrão de comprovação, além da razoável dúvida. Sob o ponto de vista moderno e da experiência dos Tribunais Internacionais, basta a execução da pena⁷³ ocorrer de forma que atente contra a dignidade humana para que o processo justo tenha sido violado, mesmo que seja pelo adiantamento da decisão perpetrado de alguma forma pela declaração de alguma autoridade à imprensa. Por este motivo, o resultado deve ser justo, assim entendido pelas partes, pelo condenado e pelo público – como que, em resumo, dizer que a justiça do processo é um conceito aberto e obtido como resultado de um consenso majoritário⁷⁴. A aproximação do Direito à Ética é uma necessidade cada vez mais presente nos sistemas jurídicos modernos e, por isso, o processo justo é também um processo ético, no seu sentido mais amplo.⁷⁵

3.2. O papel do processo na orientação do processo penal justo

O processo justo não mais se conforma com os limites nacionais.⁷⁶ Os julgados das Cortes Internacionais ocorrem como resultado de um processo judicial, nas quais seguem regras e princípios processuais. São dois os efeitos importantes: (a) o primeiro é servir de exemplo para que outros países também adotem e vejam como funciona o padrão do processo justo em seus julgamentos internos e (b) apreciam a aplicação das regras do

⁷³ Vale a ressalva de que nossa abordagem não é tão ampla, resumindo-se aos atos que antecedem o processo em juízo até o processo nos tribunais, sob a perspectiva da dignidade humana, construída pelos julgados das cortes internacionais.

⁷⁴ O papel do consenso internacional sobre padrões ou princípios jurídicos vem sendo sentido há tempos como demonstram as conclusões de Falk, Richard A. (1964) "The Role of Domestic Courts in the International Legal Order," *Indiana Law Journal*: Vol. 39: Iss. 3, Article 2. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol39/iss3/2>, acesso em 09/11/2016, em que se destacam: "Accordingly, the official action of a foreign government should be treated as valid by a domestic court unless it violates a substantive rule supported actively by a global consensus of states. The absence of consensus with respect to many of the rules and standards in the area of state responsibility compels a domestic court to abstain from challenging the legality of the foreign government's official action. In this way can domestic courts operate constructively, deferring in areas of dissensus to the primacy of territorial supremacy, and implementing in other areas an existing consensus established by reference to world community standards."

⁷⁵ "Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana." *Cfr.* BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In *Revista Eletrônica Synthesis*, v. 5, n. 1 (2012), disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, acesso em 12/11/2016.

⁷⁶ Por isso este trabalho tem o objetivo de ultrapassar as explicações que se contentam com o sistema isolado de cada país. *Cfr.* LEONEL, Ricardo de Barros. *Garantismo e direito processual constitucional* in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre (coord). *Garantismo Processual – Garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2016, pp. 130-135.

processo justo a casos que já foram decididos nas cortes locais. Assim, existe uma orientação por imitação, por servir de parâmetros aos países e ordenamentos que não adotam tais padrões (ou os adotam parcialmente)⁷⁷ e, de outro lado, uma orientação vinculativa para que, em determinados casos que foram trazidos ao seu conhecimento e julgamento, o padrão possa ser alterado e imposto.

Há uma grande diferença aqui entre apenas fazer um cotejamento do texto escrito de uma dada constituição e leis locais com os textos dos tratados internacionais que se refiram ao processo penal justo. O padrão do processo penal justo é criado com a jurisprudência das cortes internacionais que acabam funcionando de formas diferentes. Primeiramente porque a jurisprudência das cortes internacionais fazem mais do que aplicar uma hermenêutica aos tratados internacionais ou sobre as suas próprias regras.⁷⁸ Além dos juízes produzirem as regras que irão aplicar – em complementação – acabam por criar novos significados, muito além do que a mais aberta das interpretações poderia justificar. Criam, isto sim, regras novas que ampliam significativamente o conteúdo dos padrões num dado caso.⁷⁹ Nada disso representa exatamente um problema para os padrões da *common law*, em que determinadas regras e princípios são forjados pelas decisões judiciais. No entanto, representa uma novidade no convívio dos juristas e das tradições dos países da *civil law*, que baseam-se em texto escrito e num ideal de segurança jurídica que lhes permitiria interpretações centradas na lei escrita – isso sem contar com as máximas da legalidade e da exigência que a lei seja dada e prévia aos fatos.

⁷⁷ É o chamado papel educativo ou exemplificativo em que o Tribunal demonstra os elevados padrões de justiça criminal, não se satisfazendo somente com os padrões mínimos das convenções internacionais. *Cfr.* WARBRICK, Colin. International Criminal Courts and Fair Trial, *J Conflict Security Law* (1998) 3 (1): 45-64 doi:10.1093/jcsl/3.1.45, p. 49. Texto disponível em <http://jcscl.oxfordjournals.org>, acesso em 13 de junho de 2015.

⁷⁸ Neste sentido é que entendemos que as soluções da interpretação textual não são suficientes para a construção de novos sentidos para o processo penal justo. O fenômeno é de criação, mais do que interpretação a colmatar lacunas. Registre-se a tentativa em sustentar estes avanços nacionais na hermenêutica. *Cfr.* PAULA, Leonardo Costa de. O devido processo legal à luz de uma hermenêutica constitucional prospectiva. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/leonardo_costa_de_paula.pdf. Acesso em julho de 2015.

⁷⁹ “The ‘right to a fair trial’ is such a general proposition that giving detailed, practical life to it requires that a large number of precise matters be resolved, ideally in a coherent way which takes into account individual rights of defendants and which allows the effective prosecution of persons accused of the most serious crimes. (...) Much has depended on the legal imagination of the Judges.” WARBRICK, Colin. *International Criminal Courts and Fair Trial...*, pp. 61-62.

A imposição de um paradigma de Processo Justo, com base no entendimento internacional dos Direitos Humanos, implica em notar que este padrão está, em essência, acima das eventuais diferenças de um sistema jurídico ou outro, de um sistema penal ou outro. A preocupação com o processo justo e com o julgamento justo é um denominar comum a todos os sistemas jurídicos e sub sistemas processuais penais.

No caso do TPI, em que a função educativa⁸⁰ teria um papel de maior relevância, vê-se que a adoção do princípio da complementaridade, como se verá, acaba por influir bem mais que exemplo na forma como as jurisdições nacionais poderiam aplicar suas regras, sejam materiais sejam seus padrões processuais do processo penal justo. A apreciação da aplicação da jurisdição do TPI já é uma aplicação prática da conectividade dos conceitos processuais penais que influirão nos países signatários do Tratado de Roma e até para os que não o são.

No caso das cortes internacionais de direitos humanos, o efeito é diverso, pois sua interpretação ocorre sobre um caso já interpretado e decidido conforme as leis domésticas e convencionais – pela interpretação dos tribunais locais – e produzem resultados de sobreposição que vinculam o Estado julgado que produziu a decisão. Sob uma ótica mais geral, pode-se dizer que a jurisprudência internacional das cortes de direitos humanos, complementam e induzem a interpretação dos padrões do processo penal justo para dentro dos ordenamentos dos países cujas decisões alí se submeteram. Se o âmbito fosse restrito à interpretação acometida pura e simples, pouco se avançaria além do texto básico escrito das convenções em que são signatários os diversos países.

Ocorre que há, de fato, o reconhecido papel criador desses tribunais, seja porque o texto legislado é aberto e singelo, seja porque a multiplicidade de situações exigem um papel elástico e de complementação de conceitos e regras, mesmo porque a criação de regras escritas, no direito internacional é lento e com dificuldades políticas e diplomáticas que tornariam obsoleto qualquer texto dado até o fim do processo legislativo local, e

⁸⁰ A função educativa é a de promover o respeito aos standards do processo justo. *Cfr.* SCHOMBURG, Wolfgang. The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 8 *Northwestern Journal of International Human Rights* 1, 2009. Disponível em <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nijjhr/vol8/iss1/1>, acesso em 27 de novembro de 2016.

também porque não há o papel do legislativo em nível internacional, tal qual se encontra em cada país.

Nesta perspectiva, o direito passou por muitas fases distintas de aproximação com outras culturas, sistemas e ordenamentos. Primeiramente o direito se desenvolve internamente em cada país, ainda que sejam utilizados exemplo de outros Estados e o estudo dogmático do direito comparado, analisando-se outras experiências e adaptando-as, com maior ou menor sucesso, para as necessidades internas de cada ordenamento. O segundo estágio foi a reunião de padrões mais ou menos comuns em vários ordenamentos, criando as bases para o direito internacional e para uma doutrina que fez surgir o direito dos tratados e o seu grau de influência, sempre com limitações, nos diversos ordenamentos internos. Neste estágio, a criação de modelos legislativos parece ser o ápice (códigos-tipo, etc). São sugestões externas para serem ou não adotadas internamente.

Nos dois estágios mencionados até aqui, o fluxo foi verificado no sentido nacional (interno) para o internacional (externo) o direito dele decorrente encontrava-se delimitado nas questões de soberania, sendo mais descritivos e pouco vinculativos. Desta pesquisa constata-se que há um novo estágio: o terceiro em que o direito sofre influências em nova direção, do internacional para o nacional, de fora para dentro, alterando substancialmente o que os textos significam, para além do limite meramente hermenêutico. O ponto de contato dos diversos ordenamentos, seja pela importância ou seja pela constatação de que em todos os casos verifica-se sua ocorrência é pois, justamente, o processo penal e por isso, seu padrão de conformação é hoje o ponto de contato imediato entre os vários ordenamentos e regramentos internacionais: o padrão do justo processo penal.

A criação das regras e imposição dos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, bem como o papel da complementariedade do Tribunal Penal Internacional faz com que o direito de cada país seja alterado, modificado, acrescido, em alguns pontos suprimido a ponto de dizer que a soberania e a forma estática de se entender um ordenamento jurídico já não mais satisfazem a este modelo auto completante em que um padrão internacional interage com o nacional, ampliando os limites do conjunto de regras que se referem a um constitucionalismo e, no caso do presente estudo, ao modelo teórico e prático de um processo penal justo.

O processo penal, em qualquer país, enfeixa as grandes preocupações com o estágio de cultura e desenvolvimento de um povo, justamente por lhe reservar os casos em que as regras lhe são mais caras, seja pela privação de liberdade ou seja mesmo pela sentença de morte. Além disso, o processo justo é o ponto de contato, ponto comum da produção nacional e internacional, representando como poucos, os valores e padrões de seu início, desenvolvimento e resultado.

Não se trata e nem se limita a um diálogo, como se observa em algumas explicações, visto que o diálogo pressupõe interação entre os sujeitos comunicacionais, porém o padrão do processo justo tem um sentido vertical emanado dos padrões das cortes internacionais atingindo as decisões e atos nacionais. É possível encontrar essa sobreposição com prevalência das decisões internacionais sob o ponto de vista vertical. Sob o ponto de vista horizontal ocorre algo diverso: as cortes dialogam entre si, emprestando fundamentação para suas decisões com o papel conhecido da jurisprudência e do empréstimo da razão de decidir como justificativa a robustecer uma posição ou argumento. Há limites nesta sobreposição, pois se o Estado nacional tem regras mais favoráveis ao réu, estas prevalecem sobre as regras e interpretações mais restritivas internacionais (exceto quando servem a um propósito não ético: evitar o julgamento ou fazê-lo de forma aparente, favorecendo a impunidade – fato conhecido no âmbito do TPI e motivo da criação do princípio da complementaridade).

O processo penal justo tem sua conformação com as garantias da dignidade da pessoa humana, repetida nas constituições e nos diversos tratados e traduzidos nas diversas decisões judiciais. Neste sentido, o processo penal justo é basicamente garantista, mas adquire contornos efficientistas num ponto bastante sensível: não se conforma com a impunidade e tem o entendimento generalizado de que se houve crime, um processo justo deve resultar numa compreensível e esperada condenação prática em respeito aos direitos das vítimas. A demonstração mais clara deste fenômeno está no Estatuto de Roma e dentre os objetivos que fundamentam o TPI. O processo justo é mesmo um consenso verificável materialmente e percebido por todos que dele participam; é uma satisfação para as vítimas, para o condenado e para o público em seu aspecto amplo.

O processo justo advém de um ponto de partida ético em que não se sabe a quem pode ser aplicado e nem controlar seu resultado, como se partisse de um ponto de absoluta ignorância de qual seria o resultado a quem poderia ser submetido a ele. É uma forma aceitável para se resumir um comportamento ético tanto do legislador que prepara as regras processuais penais quanto do acusado que, como princípio, é assistido pela presunção de inocência⁸¹ e confirmado pela obrigação da acusação provar o fato e a autoria. Nem sempre os julgamentos processuais penais se conformam a esta proposição, pois nos casos julgados pelo TPI, muitas vezes se sabe com razoável antecedência, que o acusado possivelmente tenha cometido os crimes que lhe são imputados, reduzindo as incertezas da presunção de inocência para o campo da atividade probatória e de sua eficiência.⁸²

É mesmo uma expressão pouco objetiva, mesmo em sua origem, mas que pode e deve ser atualizada pela interpretação, modificando-se conforme o estágio do processo em que se está sendo verificada, para que o processo, como um todo, se conforme às exigências de justiça, com especial atenção aos cânones de decência e equidade, de forma a respeitar as imunidades pessoais que estão arraigadas na consciência de um povo e implícitas num modelo de liberdade ordenada, observando que qualquer procedimento que choque a consciência da humanidade, viola as exigências de um processo justo.⁸³ É um conceito recriado a cada novo passo do progresso dos julgamentos frente aos novos desafios (migrações pelos mais diversos motivos, guerras civis, terrorismo e tantos outros), sempre baseados nos conhecidos direitos humanos.

⁸¹ É um interessante recurso ao véu da ignorância em que os participantes de uma sociedade não sabem de antemão quais posições ocupam como que a anular suas preferências e favoritismo pessoais à priori. *Cfr.* RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, 2a. ed. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 12-13.

⁸² KOCHHAR, S. and HIERAMENTE, M. (2016) ‘Of Fallen Demons: Reflections on the International Criminal Court’s Defendant’, *Leiden Journal of International Law*, 29(1), pp. 223–244. doi: 10.1017/S0922156515000722.

⁸³ VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. Imparcialidad del juez y medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 58-59, texto que cita ainda, nestes termos, as decisões do juiz americano Frankfurter na decisão Rochin vs. California, 342 U.S. 165, 169 (1952).

3.3. Processo justo e devido processo legal

Da mesma forma como se precisou recorrer à conceitos dualistas para diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais, apontando o primeiro para a ordem internacional e o segundo para a ordem nacional, é nossa proposta fazer o mesmo para a questão do processo justo e do devido processo legal. O problema conceitual deixa de existir se os termos forem entendidos como sinônimos, fato este que traria a necessidade de elevar o que se entende hoje por devido processo legal para o patamar do processo justo.

Não basta dizer que as regras do processo justo estão contidas nas regras do devido processo legal. Pela sua conformação, faz melhor sentido o inverso: o devido processo legal está contido na fórmula do processo justo que se afigura mais abrangente. Cada país tem sua noção de devido processo legal conforme suas próprias leis. O conceito é conhecido mundialmente, mas sofre inúmeras variações conforme seja o sistema jurídico adotado por cada país e conforme suas regras e sua experiência jurisprudencial. O termo processo justo – com toda a dificuldade em se referir ao valor justiça na tradição positivista – é de uso corrente nos países de *common law* e não nos demais.

A questão torna-se um pouco mais complexa quando se nota o significado de processo justo no âmbito internacional, que aliás, faz pouca referência ao conceito de devido processo legal, inclusive nos vários tratados internacionais e nos estatutos de sua criação, bem como nos julgamentos.⁸⁴

É de se constatar que há uma premissa única: ambos estão implicados – devido processo e processo justo. O que lhes difere, não é exatamente a tradição jurídica de quem cuida de estudá-los ou descrevê-los, mas o reconhecimento do ângulo em que são mais utilizados. No sentido internacional é processo justo a faceta que mais se reconhece o devido processo legal, até porque é limitada a existência da legislação de regência. No

⁸⁴ Na Itália é tratado como “processo equo”, conforme se vê em Mario Chiavario, *Diritto ad un processo equo* in BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Liberta Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001; e também tratado como “processo giusto” em CAMPANI, Marco Lucio (coord). *Il giusto processo civil e penale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2004 e MAZZA, Oliviero. *Il garantismo al tempo del giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2011.

sentido nacional é devido processo legal, tanto pelo labor já legislado como pela coexistência de regras que lhe complementam o sentido em cada ordenamento. É pois, no sentido de fora para dentro (internacional para nacional) o processo justo e, no sentido de dentro para fora (nacional para internacional) o devido processo legal.

Isso se deve à uma mudança de aproximação de conceitos jurídicos desencadeada pela existência, estudo e aplicação dos direitos humanos. Os chamados direitos humanos se aplicam ao processo e ao procedimento indistintamente – não é possível afirmar-se que se aplicam a um e não ao outro.⁸⁵ Também é certo que os direitos humanos se aplicam a todo e qualquer sistema processual penal, ainda que com características diversas (seja adversarial ou inquisitivo).

3.4. Processo penal justo e mudança social

Constata-se que, pelo processo, os ordenamentos vão sendo modificados e os critérios do processo penal justo tendem a se tornar comum aos ordenamentos jurídicos mais diversos. Também se nota que é comum aos ordenamentos nacionais, a consagrada divisão entre o papel legislativo e o papel do judiciário, mas que, sob o ponto de vista internacional, ausente um órgão permanente e distinto, se reconhece o papel legislativo também aos órgãos que comporiam um judiciário: as cortes internacionais penais e de direitos humanos. A jurisprudência controla novos paradigmas de processo penal justo a cada novo julgamento, representando avanços e, por outro, tornando elástico o conceito de processo penal justo, que a cada observação pode ter seu conteúdo modificado. É assim um conceito construído jurisprudencialmente mas com efeito de reconstruir os ordenamentos mais diversos, não só influenciando a jurisprudência nacional, mas indo além, construindo paradigmas que – pelo meio conhecido até o momento – seriam produto de um labor legislativo.

⁸⁵ “As garantias de um processo justo tornam obsoleta a tradicional distinção entre processo e procedimento, porque tanto do ponto de vista intrínseco quanto extrínseco o exercício da jurisdição deve estar por elas impregnado.” GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>, acesso em 07 de julho de 2015.

São apontadas três dimensões resultantes da adoção do regime do direito penal internacional: a primeira é que o sistema integrado hoje existente surgiu de um momento emergencial e que, pelas contribuições de Nuremberg, trouxe a discussão sobre o equilíbrio entre o partilhamento de normas das nações civilizadas e a extensão jurídica essencial das prerrogativas da soberania. Isso resultou na institucionalização de preceitos legais tão novos ao fim da Segunda Guerra Mundial num sistema jurídico integrado. A segunda dimensão refere-se aos debates sobre o papel dos tribunais penais internacionais na África, pois enfatizaram a irredutível realidade de que as cortes internacionais operam para complementar à jurisdição penal estatal, mais do que afastar a normal operação dos sistemas coercitivos domésticos.

Assim é que se entende que o direito penal internacional é a gradual transposição ao nível internacional de regras e construções legais próprios para o direito penal nacional e para os procedimentos penais nacionais. A terceira dimensão, ou terceira onda de progresso, seria a implementação doméstica para a construção de um regime penal capaz de lidar com os crimes da mais séria preocupação para a comunidade internacional como um todo. Essa implementação é parte das obrigações assumidas perante o artigo 9º do Estatuto de Roma e é um modelo a ser seguido nos sistemas domésticos e necessário para que seja invocado o direito soberano da complementariedade.⁸⁶

Há posições cétricas quanto ao efeito do sistema de punir por crimes contra a humanidade, depois que eles ocorrem e o papel de modificar o meio social para que tais crimes sejam evitados. Em outras palavras, há os que não acreditam que a punição realizada por tribunais internacionais, nos crimes mais caros à comunidade internacional, possam servir para modificar a sociedade, propugnando por reinventar as formas de atuação pelas quais o Judiciário poderia modificar os ímpetus criminosos na área internacional.⁸⁷

⁸⁶ *Cfr.* NEWTON, Michael A. Power not Process – The new frontiers of internationalized justice. *In* Andersen E, CRANE, D. M. (eds), *Proceedings of the second international humanitarian law dialogue: 25-26 August 2008 at the Chautauqua Institution (American Society of International Law, 2009)*, pp. 179-185.

⁸⁷ Assim é que apenas processar indivíduos responsáveis por graves violações do direito internacional humanitário não é suficiente para atingir a paz mediante o uso de uma perspectiva de restauração, compaixão e respeito ao ser humano”. *Cfr.* VILARES, Fernanda Regina. O tribunal penal internacional de Ruanda. *In* FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 115 em que citam as críticas neste sentido de HOWLAND, Todd; CALATHES, William. *The U. N’s International Criminal Tribunal: is it justice or jingoism for Rwanda? A call for transformation*. *Virginia Journal of International Law, Charlottesville*, v. 39, n. 1, 1998, pp. 156-164.

Os conflitos sociais, ocasionados pelo aumento da liberdade e a derrocada das principais instituições fornecedoras de padrões morais, têm-se erigido como oportunidade para que as cortes – e aqui entenda-se o Judiciário como instituição comum aos países mais diversos – demonstrem sua utilidade social superior, indo além do papel passivo de aplicar uma lei dada e de mirar retrospectivamente no passado, alongando a força e a racionalidade de seus precedentes numa sociedade que modifica-se rapidamente, impulsionada pela tecnologia e pelas novas condições de vida. É assim que a jurisprudência tem influenciado a sociedade, muitas vezes resolvendo questões que o legislativo não conseguiria no tempo e nas condições necessárias. É uma espécie de protagonismo que o Judiciário de vários países vem assumindo, muitas vezes sob a denominação de ativismo. Este movimento foi impulsionado pelos estudos futuristas dos problemas da sociedade e do governo e influenciaram sobremaneira na redefinição do papel dos tribunais americanos, desde a década de 1970, trazendo consigo uma visão multidisciplinar e de influências recíprocas entre o direito e a sociedade, entre os tribunais e seu papel na sociedade, valendo-se do processo como veículo desta transformação.⁸⁸ Nesta perspectiva, a família, a religião, a escola e mesmo os governos têm falhado em dar respostas rápidas aos problemas sociais, motivo pelo qual enfrentamos um movimento cada vez maior de judicialização das questões políticas, governamentais e sociais. É de reconhecer-se que ao Judiciário resta o papel de agente modificador da sociedade, por isso, nestes tempos, a jurisprudência internacional sobre o processo justo ganham importância ainda maior.

É um fato a ser observado e uma tendência de nosso tempo, razão pela qual não há surpresa em se constatar que a jurisprudência das cortes internacionais sigam a tendência e realimentem os sistemas jurídicos nacionais com significados enriquecedores do que seja o devido processo penal ou o processo justo⁸⁹, visto a insuficiência de respostas sociais para

⁸⁸ *Cfr.* WILLIAMS, III, Frank V. Reinventing the Courts: the frontiers of judicial activism in the States Courts, 29 Campbell L. Rev. 591, 2007, p. 601 e ss.

⁸⁹ *Cfr.* Williams, III, Frank V. Reinventing the Courts: the frontiers of judicial activism in the States Courts, 29 Campbell L. Rev. 591, 2007.

os modelos normativistas do direito. Mesmos para os que relutam em constatar esta realidade, é importante notar, ao menos que há uma evidente crise nesse sistema.⁹⁰

3.5 Processo Justo entendido como parte dos Direitos Humanos

O direito a um processo justo é hoje claramente entendido como parte dos direitos humanos⁹¹ e, por isso, repetido em muitos instrumentos internacionais⁹². O processo justo é um paradigma a ser utilizado no processo de qualquer natureza, mas no processo penal é que adquire sua particular importância, em razão de suas peculiaridades e valores tutelados pelo direito penal e pelo seu respectivo processo⁹³, principalmente quando as penas representam valores caros à humanidade, como a privação de liberdade ou a pena capital.⁹⁴

O processo justo é o ponto de contato entre os vários ordenamentos e por isso, como ponto comum, é o melhor termo de calibração de diversos sistemas jurídicos mundiais, ultrapassando os limites da soberania, da diferenciação de sistemas processuais penais⁹⁵ e até mesmo diferenças domésticas na legislação local e mesmo quanto às

⁹⁰ KAJCSA, Andrea. The crisis of the Rule of Law – Short Theoretical and practical analysis. Disponível em http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201104/recjurid114_5F.pdf. Acesso em 10 de julho de 2015.

⁹¹ Cfr. Harris, D. (1967) 'The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right', *International and Comparative Law Quarterly*, 16(2), pp. 352–378. doi: 10.1093/iclqaj/16.2.352.

⁹² Vide Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, art. 14. Texto em português disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em 12 de novembro de 2016; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6º. Texto em português disponível em http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf, acesso em 12/11/2016; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), art. 8º. Disponível em português em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, acesso em 12/11/2016.

⁹³ VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. Imparcialidad del juez y medios de comunicaci3n. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 40.

⁹⁴ A aplica3o do termo criminal, v.g., do artigo 6º, §1º, da Conven3o Europeia dos Direitos do Homem, é bastante amplo com tend3ncia para incluir outras penas aplicadas pela legisla3o dom3stica, conforme a natureza da ofensa e os riscos que envolveriam o infrator, como ocorre nas quest3es disciplinares militares que n3o impliquem em pris3es muito curtas; incluem infra33es de natureza administrativa, fiscal, alfandeg3rio, financeira ou de concorr3ncia, excluem quest3es pol3ticas e aquelas que envolvem expuls3o e extradi3o, bem como excluem medidas adotadas para prevenir desordem ou crime, Cfr. European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of European Convention on Human Rights, pp. 8-10/67. Disponível em http://www.echr.coe.int /documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf, acesso em 12/11/2016. Ver tamb3m TRECHSEL, Stefan. Human Rights in Criminal Proceedings, Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, pp. 14-36.

⁹⁵ A verifica3o do processo justo ocorre no campo principiol3gico acima das diferen3as dos diversos sistemas e da coleta particularizada de legisla3es locais, como prop3s VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. Imparcialidad del juez y medios de comunicaci3n. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 44 e ss.

características constitucionais. O resultado de uma pena e a definição de crime podem até variar bastante de país para país, de cultura para cultura e mesmo de sistema jurídico para sistema jurídico; porém, todos que se valem do terceiro imparcial e da jurisdição têm em comum o processo justo. Como um tribunal internacional poderia avaliar, com o mínimo de crítica, os valores que foram cristalizados pela legislação interna de um país na definição de crimes? A controvérsia gerada pela resposta, seja qual for, mostra que abordar o trabalho estatal (principalmente o jurisdicional, mas também outros) pelo ângulo do processo justo é a maneira mais simples e ampla para se produzir um resultado jurisdicional com possibilidade de gerar efeitos e trazer as preocupações e os *standards* para um centro comum, principalmente quando o próprio processo justo é, ele mesmo, um direito humano, portanto direito fundamental em cada país – independente das palavras que são utilizadas para descrevê-lo, seja devido processo legal, direitos procedimentais, processo justo, processo equitativo e outros. É comum às preocupações de todos os povos que o processo estatal criminal seja conduzido com o maior equilíbrio e justiça, portanto, não assombra a nenhuma cultura a discussão de sua realização como um direito fundamental a ser garantido, ainda que cada ordem jurídica possa se referir a ele no conjunto de seus princípios ou no inconsciente do desejo de sua realização.

3.6. Os modelos processuais adversarial e acusatório para efeito do processo justo

As regras do processo justo, como foram concebidas no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, basearam-se no sistema conhecido como adversarial, mais comum aos países que adotam a *common law*, em detrimento aos países que adotam o sistema acusatório, baseado nos países continentais europeus ou também no sistema misto, conhecido como sistema legal francês, em que há duas fases: uma inquisitiva e outra acusatória. A essência do sistema adversarial, conforme incluído no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, é o fato de o material probatório relevante deve estar disponível para ambas as partes. Para efeito de encontrar padrões comuns para se entender o processo justo, seria importante que não houvesse diferenças significativas em

sua aplicação, variando conforme o sistema legal. No entanto, como regra geral, o Tribunal Europeu entende que ambos os sistemas podem co-existir sob os padrões do artigo 6º, porém, a natureza das provas admitidas e conforme sejam utilizadas pelos tribunais locais é que são relevantes, pois já se decidiu que o acesso às provas vitais para o resultado do julgamento deve ser garantido igualmente às partes e o acesso às provas menos importantes poderia, de alguma forma admitir restrições.⁹⁶

Mesmo para os casos em que a disponibilização da prova poderia ser sensível, como no caso de terrorismo e nos alegados casos de segurança nacional, o Tribunal Europeu tem entendido que é o caso de atuar um advogado especial, alguém que teria acesso às provas, porém não comunicaria seu conteúdo ao acusado. Não é um direito absoluto, pois admite que haja segredo para proteger um determinado método de investigação ou a identidade de um agente ou testemunha.⁹⁷ De toda a forma, se entende que é tendência disponibilizar ao máximo todas as provas às partes, evitando-se as restrições. No sistema brasileiro, as provas são imunizadas pelo contraditório exercido no processo criminal, de forma que somente com o acesso das partes às provas, ainda que já juntadas no processo, e após a manifestação que entendam cabíveis é que as provas seriam admitidas à análise do julgador. Não se adota no Brasil a prática de apresentar todas as provas entre as partes, muitas vezes desprezando a prova que aproveita à tese da parte contrária e aguardando que o seu labor as encontre ou faça delas o melhor uso.

Neste particular ponto, o sistema adversarial insculpido no artigo 6º parece aproximar-se mais do padrão ético do processo justo e, conforme se vai procurar demonstrar, essa será a direção que um processo justo, mais universalista, irá tomar. Para nós, isso significa ampliar e reforçar o que se entende pela aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa, apesar de que, atualmente, exige-se tão somente que as provas se submetam ao crivo da parte contrária após admissão no processo, como regra. A

⁹⁶ VITKAUSKAS, Dovydas e DIKOV, Grigoriy. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, 2012, p. 45, citando os casos Vidal v. Belgium, 22 April 1992, §§32-35, Schenk v. Suíça, 12 July 1988 e McMichael v. Reino Unido, 30 October 1995, §§78-82. Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff57>, acesso em 13/11/2016.

⁹⁷ VITKAUSKAS, Dovydas e DIKOV, Grigoriy. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, 2012, p. 46, citando o precedente do caso Edwards v. Reino Unido, 16 December 1992, §§33-39. Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff57>, acesso em 13/11/2016.

tendência universalizante das abordagens do processo justo poderá forçar uma revisão futura nestes conceitos.

3.7. Influências recíprocas nos diversos sistemas – Diálogo das cortes – transconstitucionalismo

As influências nos julgados de tribunais diferentes, mesmo considerando-se tribunais de países diferentes, são notadas há muito tempo. Muitas vezes os tribunais se valem da experiência da corte suprema americana na interpretação do processo justo e, com a disseminação dos Tratados e Convenções em matéria de Direitos Humanos e as regras dos tribunais militares do pós-guerra, os conceitos ficaram mais conhecidos – acrescentando-se ainda as facilidades das pesquisas virtuais. É conhecida a proposta de um *diálogo das cortes*⁹⁸ no sentido de representar uma troca constante de conhecimento e razões de decidir sobre as questões de direitos humanos na jurisprudência nacional e internacional, valendo a citação de julgados de outros tribunais como argumento de um determinado raciocínio jurídico. A ideia é que as supremas cortes e as cortes internacionais “cumpr[a]m a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais.”⁹⁹

Este diálogo é analisado também em outros países, mencionando inclusive seu direcionamento como sendo “de cima para baixo” em que as decisões dos tribunais internacionais condicionariam as decisões domésticas e até o sentido inverso e uma proposta de ponderação em que o diálogo seria transnacional e, mais do que diálogo das cortes, seria um diálogo constitucional, com a cautela de que a Corte Interamericana pudesse verificar a forma com que os processos internos foram conduzidos, pronunciando-se somente sobre a interpretação de direitos básicos e ainda deixando para que os próprios estados signatários criarem seu guia interno para que os juízes possam aplicar os padrões interamericanos explicitados em seus julgamentos.¹⁰⁰

⁹⁸ Ver CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos em Juízo – Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Max. Limonad, 2001.

⁹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 849.

¹⁰⁰ A providência de criar o guia dos padrões internacionais para informar seus juízes é o exemplo do México citado em CONTESSÉ, Jorge. *The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of*

A influência do TPI bem como de outros tribunais internacionais de direitos humanos também serve para trazer outras fontes para a interpretação da norma penal brasileira, como é o exemplo de uma nova leitura para o art. 3º do CPP. Esta influência pode ser direta e indireta, numa das classificações possível para o tema. As influências diretas podem ser horizontais (entre os diversos países) em razão da cooperação internacional e também vertical, em que o órgão do ápice seria o TPI. As influências indiretas, além da abertura de interpretação ao art. 3º do CPP podem ser sentidas na inversão do ônus da prova e a lavagem de dinheiro, a “Lei Maria da Penha”, o tratamento da revelia (art. 366 do CPP que suspende o processo e a prescrição na ausência do réu citado por edital) e na prisão do depositário infiel. As influências indiretas, em perspectiva, seriam o conceito de crime organizado, a investigação pelo Ministério Público, o papel da defesa na investigação entre outros.¹⁰¹

Em relação às influências recíprocas, ainda sob o conceito de diálogo, também tem-se o posicionamento de que a influência é ampla e de cunho hermenêutico, integrando o controle de constitucionalidade e convencionalidade de decisões e leis, num “bloco de constitucionalidade para além do texto”.¹⁰²

Avança-se na ideia de diálogo, propugnando-se pela construção de um constitucionalismo transversal em que a ordem jurídica de um país recebe influências e também influencia outras ordens, incluindo as regras internacionais do Estatuto de Roma (TPI) e dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, para construir um aprendizado e promover a coexistência de tais ordenamentos.¹⁰³ O transconstitucionalismo existe em

Human Rights, International Journal of Constitutional Law. Vol. 14, 2016. Disponível em <https://ssm.com/abstract=2795312>, acesso em 14/11/2016. Entre nós, criou-se o incidente de deslocamento de competência por grave violação de Direitos Humanos, atribuindo-se ao STJ o papel de julgá-lo e, portanto, de estabelecer mais apropriadamente o diálogo das cortes (CF, art. 109, §3º). *Cfr.* TODSCHINI, Guilherme dos Santos. O dialogo das cortes no julgamento de incidentes de deslocamento de competência por grave violação de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/915/1055.pdf, acesso em 14/11/2016.

¹⁰¹ GEMAQUE, Sílvio César Arouck. A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro. Brasília: CJF, 2011, p. 222.

¹⁰² LACERDA, Andrey Felipe. O Diálogo entre Cortes na proteção regional dos Direitos Humanos: Caso Gomes Lund e ADPF n. 153. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 64, 2014, p. 129. Disponível em <http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2014v64p105>, acesso em 14/11/2016.

¹⁰³ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Ver também NEVES, Marcelo, Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, n. 201, 2014, pp.

questões que vão além do confronto entre judiciários, também é percebido em questões desportivas em que a decisão de órgão nacional pode se chocar com a decisão de órgão supranacional.¹⁰⁴ Mesmo o transconstitucionalismo exige certo grau de desenvolvimento cultura e algumas similaridades para que funcione de forma criativa, pois o autor cita questões limites como para se analisar os costumes de povos primitivos cujas práticas teriam ofendido a noção que temos de direitos humanos.¹⁰⁵ O transconstitucionalismo não é o relacionamento restrito à duas ordens jurídicas, mas pluridimensional, já que o interrelacionamento pode ser com várias ordens ao mesmo tempo, como um diálogo em que os países e as ordens jurídicas mais diversas se portassem como comunicadores recíprocos.

3.8. Influências recíprocas – um passo além – o direito local sendo criado e conformado pela jurisprudência internacional

O atual relacionamento dos diversos tribunais em relação aos direitos humanos e dentre eles a linguagem comum do processo justo não se resume a uma simples influência, ainda que interpretativa ou como forma de justificar uma decisão, nem mesmo de um diálogo propriamente dito. Uma decisão de tribunais internacionais tem que ser respeitada e cumprida pelos tribunais locais e pelos países que submentem suas decisões e atos à análise dos tribunais internacionais.¹⁰⁶ Isso acontece pelo fato de que toda a estrutura do

193-194 e 196-198. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>, acesso em 15/11/2016. No texto são apontadas questões que ainda estão em aberto, principalmente sobre a entrega e a extradição de réus que, ao se submeter à jurisdição do TPI, poderiam ser apenados com a prisão perpétua, proibida no Brasil. O autor aponta a solução do condicionamento da entrega e da extradição à comutação da pena de prisão perpétua, cita precedents mas conclui que é uma questão ainda aberta.

¹⁰⁴ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Ver também NEVES, Marcelo, Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, n. 201, 2014, pp. 200-201. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>, acesso em 15/11/2016.

¹⁰⁵ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Ver também NEVES, Marcelo, Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, n. 201, 2014, pp. 201-206. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>, acesso em 15/11/2016.

¹⁰⁶ CARVALHO RAMOS, André de. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 816, em que se lê que "...exige-se o cumprimento no sistema interamericano das necessárias obrigações de fazer e não-fazer exigidas para que a vítima possa valer o seu direito violado (...) não pode o Estado infrator alegar

Estado fica sujeita aos tratados e aos tribunais internacionais aos quais esse sujeito de direito internacional se vinculou.

Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional também influencia os países signatários do Estatuto de Roma, bem como aqueles que não aderiram, mas também podem ser submetidos quando direcionados por decisão do Conselho de Segurança das Nações Unidas. As influências do padrão de julgamento do TPI podem ser percebidas na configuração dos crimes internacionais de sua competência e que também devam ser julgados nos Estados membros, bem como no caso da aplicação da complementaridade, caso em que o TPI atua ante a incapacidade ou falta de disposição dos Estados em processar aqueles crimes.¹⁰⁷

Para além da influência está a interferência, como ocorre na teoria do controle de convencionalidade, uma nova obrigação imposta aos juízes dos países signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em que as regras internas contrárias à convenção não têm força diante dela e que o juiz local deve levar em consideração o conteúdo das regras convencionais ao aplicar as regras locais, inclusive com a interpretação que a Corte Interamericana dá a estas regras, já que é a instância apropriada para esta interpretação.¹⁰⁸

As abordagens até agora realizadas, ainda se baseiam nos sistemas fechados e baseados numa concepção de ordenamento jurídico piramidal em que a soberania e os modelos constitucionais hoje existentes apresentam um embate quase insolúvel nos casos de antinomias entre as normas constitucionais e as convencionais ou de tratados de Direitos Humanos. A solução passa pelo labor hermenêutico dos tribunais, sugerindo-se uma harmonização em que, pelo diálogo, ambas devam ser enriquecidas pela discussão e

impedimento de Direito interno (...) para isso (...) o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, (...) firma o dever genérico dos Estados de introduzir toda e qualquer medida interna necessária para o cumprimento dessa Convenção.”

¹⁰⁷ CARDOSO, Elio. Tribunal Internacional. Conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2012, p. 151.

¹⁰⁸ Este controle de convencionalidade foi explicitamente citado no caso *Almonacid-Arrellano v. Chile* em 2006, *Cfr.* DULITZY, Ariel E. An Inter-American Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *In.* Texas International Law Journal, vol. 50, issue 1, 2015, pp. 50-51. Disponível em <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>, acesso em 14 de novembro de 2016.

pela prevalência daquela que decide de forma mais favorável à pessoa, guiada pela máxima *pro homine*. A necessária sobreposição e porosidade para os sistemas jurídicos de nossos dias é um desafio que ainda não foi superado.¹⁰⁹

No Brasil já se sentiu a situação de uma decisão do STF, no julgamento da ADPF n. 153, com eficácia *erga omnes* ter sido proferida e, logo depois, o mesmo assunto ter decisão completamente diferente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (no Caso da Guerilha do Araguaia em que se discutiu a anistia aos agentes da ditadura militar brasileira).¹¹⁰ O Brasil se viu condenado a ter que investigar e apurar responsabilidades dos agentes da ditadura militar. É um fato dado o pluralismo de ordens jurídicas e, para a harmonização das duas ordens jurídicas em problemas desta natureza, propôs-se (i) o diálogo das cortes (valendo-se da ideia também difundida da fertilização cruzada – outra maneira de demonstrar a interrelação e influência de diversos julgamentos e decisões de cortes de países e instituições diferentes) e aplicação da (ii) teoria do duplo controle, explicado pelo controle da constitucionalidade interno brasileiro ao lado do controle de convencionalidade, externo, exercido pela Corte Interamericana, conforme a sua interpretação – e não a interpretação que se venha a criar nacionalmente sobre o que o Tratado possa vir a significar.¹¹¹

As influências das decisões dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e a adequação às regras do Estatuto de Roma e do TPI têm sido percebidas em todos os países

¹⁰⁹ SABBAG, Alessandra Pela. Controle de convencionalidade e diálogo de cortes: alternativas para a solução de conflitos entre sentenças internacionais com as normas de direito interno? Disponível em <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-29042015-155802/?&lang=br>. Acesso em 14/11/2016. Nem sempre essa harmonização derivada do diálogo das cortes para o controle de convencionalidade é entendido de forma otimista, principalmente como solução para a efetividade do Direito Internacional. *Cfr.* CARDOSO CAMPOS, Bárbara Pincowska. Controle de Convencionalidade: aproximação entre o direito internacional e o constitucionalismo? In Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 12, Belo Horizonte: CEDIN, 2013. Disponível em http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume12/arquivos_pdf/sumario/Artigo_Barbara_Campos.pdf, acesso em 14/11/2016.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, Mérito, Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf, acesso em 15/11/2016.

¹¹¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 497-524, jan. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 15/11/2016.

e em comparação com todos os sistemas¹¹², a ponto de que a jurisprudência internacional na temática dos Direitos Humanos produzir efeitos dentro de cada sistema: o primeiro efeito é mesmo de influenciar; porém vai além: há decisões que determinam que um ato legislativo deva ser implementado, outro mitigado ou que a decisão de alguma corte nacional, a pretexto de também ter em seu discurso a proteção dos direitos humanos, confronta-se com a interpretação dada pelos próprios Tribunais Internacionais. A influência é horizontal e até transversal, mas as decisões determinativas que interferem em dado fato (a decisão de um tribunal local ou um ato legislativo local), são mais que um diálogo. São determinações que o país signatário do tratado por ela acobertado se dispõe a cumprir e se obriga, de forma que por seu próprio sistema jurídico e em razão de seu papel no cenário internacional, precisa se conformar da melhor forma ao que foi-lhe determinado. Numa rápida análise, esta seria precipuamente uma influência de cima para baixo, diferente de um diálogo que pressupõe troca, partindo-se de certa situação de igualdade.

Diálogo existe, porém é percebido na influência recíproca de um Tribunal Internacional em outro. No entanto, a direção de cima para baixo, como forma de autoridade, não é a figura mais adequada para explicar nem a determinação e nem sua sujeição. A razão é que inexistente uma autoridade supranacional ou que exerça poder jurisdicional sobre outras jurisdições, contrariando o que se entende por soberania. O mecanismo é mais parecido com as decisões arbitrais em que a aceitação de sua obrigatoriedade é determinada previamente pela própria parte que a ela se submete e que dela deriva a submissão.

A questão é que os Tribunais Internacionais funcionam com a lógica da *common law*, com bastante flexibilidade para interpretar o material legislado e, muitas vezes, com autoridade para complementá-lo, criando direito novo, sob o pretexto da liberdade de interpretação e com análise proeminente dos precedentes.¹¹³ Este dado é bastante sensível

¹¹² MAZZETTI, Luca e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

¹¹³ Este controle de convencionalidade foi explicitamente citado no caso *Almonacid-Arrellano v. Chile* em 2006, *Cfr.* DULITZY, Ariel E. An Inter-American Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *In.* Texas International Law Journal, vol. 50, issue 1, 2015, p. 70. Disponível em <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>, acesso em 14

para os países que se valem do sistema legal da Europa continental, principalmente quando se nota que é desejável a harmonia e a convergência de sistemas, que se espera com futuras e importantes alterações em sistemas como o nosso.

Assim, existe uma função criadora de direitos e outra modificadora do direito em relação aos direitos humanos. Essas criações dos Tribunais Internacionais se incorporam quando o Brasil (ou outro país) é parte nos casos em que estão sendo julgados, por isso, o Direito brasileiro, no tocante aos Direitos Humanos, é um direito vivo e num tecido em constante criação. Hoje é impossível entender o direito interno dos Direitos Fundamentais sem a necessária integração criadora da jurisprudência dos Tribunais Internacionais. Os direitos fundamentais estão além do produto legislado e, em constante alteração, independente do labor legislativo interno. Este é o ponto.

Para efeitos deste estudo, este mesmo papel criativo, como uma jurisprudência normativa internacional a modificar o direito interno em relação aos Direitos Humanos, tem efeitos diretos na compreensão do processo justo, pois este é parte dos Direitos Humanos e está igualmente previsto nos mesmos tratados e convenções que o Brasil é signatário e tem o compromisso de implementar. Como exemplo disso, basta ver a clara tendência para que a lei interna se adapte e não contrarie a regra internacional no princípio IV dos Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.¹¹⁴ Outro exemplo que pode ser extraído da jurisprudência europeia sobre a

de novembro de 2016. Os autores entendem que ainda que não haja uma hierarquia, o controle de convencionalidade transforma o direito internacional num sistema de precedents, similar ao da common law, contribuindo para um processo de transformação em curso do sistema legal da América Latina para que dê maior ênfase na interpretação dos textos legais e uma maior dependência dos precedentes. Vários julgados no sentido de exigir a compatibilidade das regras nacionais com as internacionais foram anotados no Manual do Processo Justo da Anistia Internacional de 2014, p. 31. Disponível em <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/pol300022014en.pdf>, acesso em 16/11/2016.

¹¹⁴ É parte do texto do IV Princípio: As ordens e resoluções judiciais ou administrativas suscetíveis de afetar, limitar ou restringir direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade deverão ser compatíveis com o direito interno e internacional. As autoridades administrativas não poderão alterar as garantias e direitos dispostos no Direito Internacional nem limitá-los ou restringi-los além do que nele seja permitido.” Trata-se de texto aprovado no 131º período ordinário de sessões pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sob a forma de recomendação enquanto não se conclui a Declaração sobre Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf> acesso em 16/11/2016.

forma prática de se evitar arbitrariedades nas prisões, é a inclusão do ponto de vista do *observador objetivo*, novidade em muitos sistemas jurídicos.¹¹⁵

Portanto, é necessário que para a compreensão do processo justo, o direito brasileiro e a doutrina jurídica se abram às influências, confluências e divergências próprias de um sistema de julgados e precedentes dos Tribunais Internacionais, com a dificuldade natural de se entender e organizar o resultado de uma produção nem sempre coerente, por isso, o trabalho é apontar uma direção, o mais coerente possível, observando que sua final e estática interpretação não são próprios de um direito vivo pela sua constante atualização.

¹¹⁵ Para proteger a liberdade individual, as hipóteses previstas que autorizariam a prisão, antes do processo, são exaustivas e devem ser interpretadas de forma restritiva, conforme a lei nacional, porém a suspeita deve ser razoável – ou seja, a suspeita razoável existe quando há fatos ou informações que satisfariam um observador objetivo de que a aquela pessoa poderia ter cometido o crime. Ver Art. 5(1) da Convenção Europeia e também os casos Fox, Campbell e Hartley v. Reino Unido (12244/86, 12245/86, 12383/86), 1990, §32 e Murray v. Reino Unido (14310/88), 1994, §§50-63.

CAPÍTULO IV - EXPERIÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS E A PRÁTICA DO PROCESSO JUSTO

4.1. Análise dos paradigmas do processo penal justo

A experiência do processo penal justo, baseado na jurisprudência, é bastante ampla e envolve questões processuais e materiais e em momentos diferentes: *(i)* investigação pré-processo; *(ii)* regras durante o processo e até *(iii)* regras pós julgamento, na execução da pena. Também anota-se diferentes situações em que elas são aplicadas: (a) em situações de paz, (b) situação de emergência e (b) situação de guerra.¹¹⁶ O campo de pesquisa principal refere-se às situações de paz e nas fases de investigação e durante o processo, incluindo-se aqui os recursos, quando necessário e para efeito de ilustração, outras situações podem ser mencionadas.

O objetivo é extrair um substrato do que se discute – e mostrar as dificuldades de se estabelecer padrões ante a modificação constante das situações e das soluções – e apontar as características que confirmam o particular papel da jurisprudência dos Tribunais Internacionais ao tecer o direito brasileiro e de outros países no campo dos direitos humanos e, em especial, no conteúdo dos princípios do processo penal, aqui tratadas como processo justo.

Entende-se que, em resumo, o processo justo seja um dos fundamentos do progresso humano, tanto sob o aspecto penal como no não-penal, pois os países que conseguem que seus judiciários produzam respostas rápidas e imparciais, com amplo acesso às suas instituições, consegue garantir o desenvolvimento das pessoas naturais e jurídicas. Assim é que tribunais imparciais e rápidos, ao lado do Ministério Público

¹¹⁶ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014. Disponível em http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Amnesty_Fair_Trial_Manual_2ndEd.pdf. Acesso em 11 de julho de 2015.

independente e de uma atuante advocacia, com todos os profissionais envolvidos, formam o “pilar judicial de uma sociedade democrática e respeitadora do princípio do Estado de Direito.”¹¹⁷ A premissa democrática e o respeito ao Estado de Direito constituem a base comum sobre os quais são construídas as estruturas jurídicas, os Direitos Humanos e o processo penal justo.

A previsão de um processo justo encontra-se consagrada tanto no art. 14, n. 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos como no art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao passo que o art. 8º, n. 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos menciona as garantias judiciais.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos não contém qualquer norma específica sobre o direito a um processo justo, porém lhe é possível inspirar-se em outros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como lhe faculta o art. 61 da Carta, principalmente no art. 14 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em especial quando interpreta – ou cria e desenvolve – o conteúdo do art. 7º da Carta (que cuida do direito da pessoa diante de um processo judicial).

Os arts. 20, n. 2 e 21, n. 2 dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para ex-Iugoslávia, respectivamente, estabelecem que acusado terá direito a um julgamento equitativo e público em relação às acusações apresentadas contra si, ainda que, em nome da proteção das vítimas e testemunhas, preveja a adoção de audiência à porta fechada e proteção da identidade das vítimas (art. 21 e 22 dos respectivos Estatutos).¹¹⁸

O papel criador e complementar, para além do estatuído no Pacto, é percebido em relação aos processos penais, conforme os comentários do Comitê dos Direitos Humanos, pois as garantias mínimas “nem sempre [são] suficiente para assegurar a equidade de uma audiência conforme exigido pelo n. 1”¹¹⁹ do art. 14. Isso significa que para estas garantias, outras obrigações podem ser impostas aos Estados Partes. A preocupação aumenta nos casos sujeitos à pena de morte, pois “a obrigação dos Estados Partes de observar

¹¹⁷ Nações Unidas. Alto Comissariado para os Direitos Humanos. Direitos Humanos na administração da Justiça – série formação profissional. Capítulo 6 – Direito a um processo justo: Parte I – Do inquérito ao julgamento, p. 171, versão em português disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Volume1/06.CAP%CDTULO%206.pdf>. acesso em 11 de julho de 2015.

¹¹⁸ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 201.

¹¹⁹ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 123, § 5.

rigorosamente todas as garantias de um processo justo enunciadas no art. 14 do Pacto não admite qualquer exceção.”¹²⁰

Uma das demonstrações do poder criador dos conteúdos, na “interpretação” do julgamento justo previsto no art. 14, n. 1 do Pacto, é o caso de ter sido entendida a sua violação porque o tribunal não controlou “a atmosfera e pressão hostis criadas pelo público na sala de audiências, que tornou impossível à defesa contra-interrogar adequadamente as testemunhas e expor” a defesa do autor. Ainda que o Supremo Tribunal nacional tenha feito referência a esta questão, “não deu resposta concreta à mesma ao apreciar o recurso do autor.”¹²¹

Outro interessante caso de controle dos efeitos diversos da adoção do artigo 14, n. 1 do Pacto, em que se concluiu pela violação, ocorreu no caso em que o Ministério Público desistiu da acusação em julgamento mesmo após o autor se ter declarado culpado de homicídio. O Comitê concluiu que o objetivo da desistência da acusação era o de evitar as consequências da confissão para possibilitar a imediata apresentação de nova acusação contra a pessoa e com os mesmos fundamentos.¹²²

O artigo 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem foi violado no caso Botten, em que o Supremo Tribunal da Noruega proferiu uma nova sentença, condenando o autor e aplicando-lhe uma pena, sem tê-lo intimado ou ouvido pessoalmente, satisfazendo-se com a mera representação por um advogado em audiência pública. Conforme a opinião do Tribunal Europeu, o “Supremo Tribunal tinha o dever de tomar medidas positivas” para “convocar o queixoso e ouvir diretamente o seu depoimento antes de proferir a sentença.”¹²³

A apuração inadequada dos responsáveis pelos crimes, sob o auxílio parcial das autoridades judiciais locais também afeta, por diversos subterfúgios, o direito a um julgamento justo. É o que se decidiu no caso “Meninos de Rua”, instaurado contra a

¹²⁰ Comunicação n. 272/1988, A. Thomas v. Jamaica (Parecer adotado em 31 de março de 1992), in documento das Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 264, § 13.1.

¹²¹ Comunicação n. 770/1997, Gridin v. Russian Federation (Parecer adotado em 20 de julho de 2000), in documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 176, § 8.2. O autor alegou nomeadamente que a sala de audiência estava cheia de pessoas que gritavam que ele devia ser condenado à morte (p. 173, § 3.5).

¹²² Comunicação n. 535/1993, L. Richards v. Jamaica (Parecer adotado em 31 de março de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 43, § 7.2.

¹²³ TEDH, Caso Botten c. Noruega, sentença de 19 de Fevereiro de 1996. Relatórios de 1996-I, p. 145, § 53.

Guatemala, referindo-se ao rapto, tortura e homicídio de quatro “meninos de rua”, o assassinato de um quinto menino. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos concluiu que os fatos em causa constituíram uma violação do art. 1º, n. 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “em relação ao seu artigo 8º”, uma vez que o Estado “não tinha cumprido a obrigação de proceder a uma investigação eficaz e adequada dos fatos correspondentes”, isto é, do rapto, tortura e homicídio das vítimas. Nos procedimentos internos, dois tipos de falhas graves foram detectadas: em primeiro lugar, a “investigação dos crimes de rapto e tortura foi completamente omitida” e, em segundo lugar, “não foram pedidas, praticadas ou avaliadas provas que poderiam ter sido muito importantes para o devido esclarecimento dos homicídios”. Os juízes nacionais haviam “fragmentado o material probatório e depois se esforçaram por diminuir o significado de cada um dos elementos que provavam a responsabilidade dos acusados, ponto por ponto”, o que contrariava “os princípios de avaliação da prova, segundo os quais as provas devem ser avaliadas em seu conjunto, (...) tendo em conta as relações recíprocas e a forma como alguns dos elementos de prova apoiam ou não outros elementos.” No entendimento do Comitê “resulta claramente do art. 8º da Convenção que as vítimas de violações de direitos humanos ou pessoas equiparadas devem ter possibilidades concretas de serem ouvidas e de intervirem nos respectivos processos, tanto a fim de esclarecer os fatos e de punir os responsáveis como de reclamar a devida reparação”.¹²⁴

No caso Bricmont – administrador de patrimônio contratado pelo príncipe belga – em que houve processo criminal e também o pedido de reparação civil manejado pelo príncipe, a Corte decidiu houve violação ao processo justo já que (a) o governo não deve basear-se na exaustão dos recursos domésticos antes de aceitar que o caso seja apresentado à Corte Europeia de Direitos Humanos; (b) que o processo demandava uma acareação que o tribunal local falhou em proporcionar; (c) que houve falha do tribunal local ao não permitir uma auditoria nas contas do requerente.¹²⁵

É possível ver a expressão “fair hearing” muitas vezes para significar o mesmo que “fair trial” e já se disse que o direito a uma audiência justa ou equitativa englobam todo o

¹²⁴ TIADH, Caso Villagrán Morales et. al. (Caso dos “Meninos de Rua”) c. Guatemala, sentença de 19 de novembro de 1999, Série C, N. 63, pp. 195-198.

¹²⁵ Ver TEDH, caso Bricmont, sentença de 7 de julho de 1989, Série A, N. 158, disponível em https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/CASE_OF_BRICMONT_v._BELGIUM.pdf, acesso em 27 de novembro de 2016.

mínimo procedimental e outras garantias de um processo justo estabelecido nos padrões internacionais, mas num escopo mais amplo, pois a audiência equitativa seria o núcleo do conceito de processo justo, isto porque a audiência equitativa requer: (a) uma corte independente, imparcial e competente, conforme estabelecido em lei; (b) o respeito ao princípio da paridade de armas entre o acusado e os acusadores no contexto do procedimento adversarial; (c) o respeito ao direito das vítimas – como conceito que vem sendo melhor aceito atualmente – em contraposição e balanceado com os direitos do acusado; (d) o respeito ao devido processo legal criminal que é um *standard* internacional que inclui (d.1) o direito de ser presumidamente inocente; (d.2) o respeito ao tempo adequados e facilidades para preparar a defesa; (d.3) de ter a audiência e ser sentenciado sem demoras indevidas; (d.4) de defender-se pessoalmente ou através de defensor; (d.5) de apontar e examinar as testemunhas; (d.6) de não se incriminar; (d.7) de recorrer e (d.8) de se proteger contra leis criminais retroativas. Tais garantias, enumeradas de forma exemplificativa, constituem as garantias mínimas.¹²⁶

O que o conceito central do processo justo traz como consequência, é que nem sempre cumprindo-se todas as garantias enumeradas nos *standards* internacionais se tem como resultado um processo justo ou uma audiência equitativa. É um daqueles casos em que o resultado é maior que a soma das garantias mínimas individualmente tomadas, visto que a conduta completa durante todo o procedimento criminal é que determina se, mesmo atendendo todas as garantias mínimas, o resultado final foi um processo justo.¹²⁷ Este último trecho pode ser também explicado considerando-se os aspectos estático e dinâmico do processo criminal, no sentido de que a cada momento é possível fotografar o estado do processo e verificar se o conjunto das garantias mínimas foram cumpridas. Por outro lado, no aspecto dinâmico, é possível verificar se, até aquele determinado momento, o processo foi conduzido respeitando-se as garantias mínimas do processo justo, numa construção dinâmica em que o processo justo é sempre um resultado que dependa de suas partes igualmente atendidas. Esse conjunto também sofre uma confluência de aspectos intrínsecos

¹²⁶ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 118.

¹²⁷ Ver Advisory Opinion OC-11/90, Corte Interamericana (1990), §24; Relatório da Comissão Interamericana sobre Terrorismo e Direitos Humanos, (2002), Seção III (D) 3, §399; ICC: Promotoria v. Lubanga, (ICC-01/04-01/06-102) ICC Câmara Pre-Trial, Decisão sobre o sistema final de “disclosure” e o estabelecimento de um cronograma (15 de maio de 2006), §97; (ICC-01/04-01/06-722) Câmara de Apelação, julgamento de apelação contra a decisão da defesa sobre a incompetência da Corte diante do artigo 19(2(a)) do Estatuto (14 de dezembro de 2006), §§ 37,39. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 118.

e extrínsecos ao processo e, por fim, sofrem as influências e pressões dos padrões internacionais e da cultura local sobre o processo justo ou seu equivalente naquela dada cultura.

Os erros judiciais sobre a avaliação das provas ou a correta aplicação da lei ou da correta instrução a um júri não são evitados completamente pela observância dos direitos a um julgamento equitativo e, por outro lado, nem todas as violações da audiência equitativa (ou do processo justo) significam que o processo todo seja injusto¹²⁸, é necessário efetuar um raciocínio de necessidade, para verificar se determinado descumprimento comprometeria o resultado final, embora a recomendação geral é da estrita observação do conjunto dos direitos, garantias e princípios que representam o processo justo. Assim é que o ICC determinou que se um julgamento justo tornar-se impossível devido às violações do direito dos acusados, então a audiência não deve prosseguir.¹²⁹ Mesmo em casos de emergência, o direito ao processo justo não é derogável, seja pela previsão legislativa ou pelo Direito Humanitário Costumeiro. São exemplos o direito ao processo justo, a proibição de discriminação e a proibição de tortura. Em certas circunstâncias, já se considerou violado o direito a uma audiência equitativa quando o público presente à audiência, manifesta-se de forma hostil, racista ou discriminatória e há tolerância por parte dos julgadores a este comportamento.¹³⁰

No restante deste capítulo, o objetivo é trazer as principais discussões sobre o direito a um processo justo na experiência dos tribunais, relatando os casos e os trechos conforme são destacados nas principais publicações de divulgação para todos os países, com o objetivo de informar e, neste trabalho, com objetivo de justificar as premissas e fundamentos das conclusões que ao final serão feitas.

¹²⁸ Ver *Promotora v. Mončilo Krajišnik* (IT-00-39-A), ICTY Câmara de Apelação, (17 de março de 2009), §135; *Wilson v. Austrália*, HRC, UN Doc. CCPR/C/80/D/1239/2004 (2004), §4.4; *Taxquet v. Bélgica*, (926/05), Pleno da Corte Europeia (2010), §§83-84. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 119.

¹²⁹ Ver *Promotora v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-772), ICC Câmara de Apelação, Julgamento da apelação do Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra a decisão sobre a alegação de incompetência do Tribunal (14 de dezembro de 2006), §37. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 119.

¹³⁰ Ver *Gridin v. Rússia*, HRC, UN Doc. CCPR/C/69/D/770/1997 (2000), §8.2.

4.1.1. Paradigmas do processo justo na fase de investigação

Muitas dos direitos decorrentes da fórmula do processo justo se fazem sentir tanto na fase pré-processual (investigação ou de inquérito) quanto na fase em que o processo penal já se iniciou em juízo.

A legislação convencional internacional básica, sem excluir outras, que trata do direito a um processo justo pode ser assim enumerada: (1) artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis; (2) no artigo 7º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; (3) no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (6) no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Também podem ser citadas outras normas que se referem a um processo justo sob enfoque internacional e que constam dos instrumentos das Nações Unidas. São eles (4) Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis; desumanos ou degradantes; (5) Declaração Universal dos Direitos dos Homem; (6) Código de Conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei; (7) Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão; (7) Regras mínimas para o tratamento de reclusos; Princípios orientadores relativos à função do Ministério Público e (8) Princípios básicos relativos à independência da Magistratura; (9) Regras de Processo dos Tribunais Penais Internacionais para Ex-Iugoslávia e para Ruanda e (10) Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

O processo justo é um *standard*, um padrão, uma expressão coletiva que enfeixa vários direitos e garantias. O termo, isoladamente, significa o resultado de um conjunto de critérios, de princípios, construídos pelo labor da jurisprudência dos tribunais internacionais. Por ser um termo instrumental e multisignificativo, apresenta muitas facetas: num dado sentido pode se referir a um único direito ou princípio e, noutro, a todos os princípios somados. Por esta particularidade, não se pode cotejar o “princípio” do processo justo com qualquer outro, para o sentido de aplicar a proporcionalidade (no sentido abordado por Alexy). É possível aplicar a proporcionalidade com os princípios que estão compreendidos na expressão processo justo. Processo justo é cada parte componente e o resultado do processo justo e sua execução.

Para a compreensão e alcance de sentido do que vem a ser o processo justo, nos fins que se propõe este trabalho, há que se levar em consideração vários princípios já delineados na jurisprudência dos tribunais internacionais e outros que são decorrentes da construção jurisprudencial a cada momento.

4.1.1.1 Igualdade ou não discriminação

O primeiro princípio básico a ser observado é o *princípio da igualdade* dos acusados perante os tribunais, ou princípio da proibição da discriminação ou princípio da não-discriminação. O direito à igualdade compreende (i) a igualdade perante a lei e (ii) ao igual tratamento perante a lei. Se todos são iguais perante a lei, todos têm o direito a igual proteção da lei e devem ser tratados de forma igual perante os tribunais.

Essa igualdade perante os tribunais, na qual se assenta o direito ao processo justo, vem estampado no artigo 14º, n. 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Outros diplomas também fazem referência a ele: (i) artigo 5º, alínea “a)” da Convenção Internacional sobre a eliminação de discriminação racial, de 1966, que consagra “o direito de cada um à igualdade perante a lei, (...) especialmente no gozo [do] direito de recorrer aos tribunais ou a quaisquer órgãos de administração da justiça”; (ii) artigo 21, n. 1 do Estatuto do ICTY, cujo texto determina que “todas as pessoas serão consideradas iguais perante o Tribunal Internacional”; (iii) o artigo 20, n. 1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e (iv) o artigo 67, n. 1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹³¹

É possível encontrar distinções, no entanto, que sejam aceitáveis, desde que o tratamento diferenciado se baseiem em critérios razoáveis e objetivos. Por este princípio, no entanto, nem todas as distinções são proibidas, pelo que já se decidiu no Comitê dos Direitos do Homem, que o tratamento diferenciado deve se basear em *critérios razoáveis e*

¹³¹ Direitos Humanos na administração da Justiça..., p. 172.

*objetivos*¹³² e que os juízes, promotores e outros funcionários ligados ao cumprimento da lei penal têm o dever de assegurar igual proteção perante a lei e de fazer cumprir a proibição de discriminação.¹³³

É a recomendação que os países revejam suas leis para que não sejam discriminatórias e, se forem, façam as necessárias alterações para assegurar a igualdade, sendo coletados exemplos de leis discriminatórias nas quais determinam aumento de pena caso o estrangeiro esteja em situação ilegal num determinado país; criminaliza pessoa que muda de religião; criminaliza atividade sexual consentida entre adultos do mesmo sexo; exoneram um homem que venha a se casar com a mulher que ele tenha estuprado ou que falhe em criminalizar o estupro marital.¹³⁴ Há exemplos de discriminação em leis processuais penais quando dá valor inferior ao testemunho de uma mulher em relação ao testemunho de um homem, requerendo corroboração em outras provas e nos casos de estupro, quando permitem que o histórico de conduta da vítima seja utilizada como prova quando isso é irrelevante ou desnecessário ou que exijam prova de violência para demonstrar falta de consentimento.¹³⁵

A igualdade perante os tribunais é compreendida de duas formas: (i) quem comparece ao tribunal tem o direito de não ser tratado com discriminação, tanto no processo e nem como a lei é aplicada à sua pessoa e (ii) todos podem ter acesso ao tribunal em condições de igualdade.¹³⁶

¹³² Comitê dos Direitos do Homem, Comunicação n. 694/1996, Waldman v. Canada. Parecer de 3 de novembro de 1999 in Documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (vol. II), pp. 97-98, § 10.6.

¹³³ Ver Relatório especial sobre a independência de juizes e advogados, UN doc. A/66/289 (2011) §42. Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 103. Disponível em http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Amnesty_Fair_Trial_Manual_2ndEd.pdf. Acesso em 11 de julho de 2015.

¹³⁴ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 103. Disponível em http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Amnesty_Fair_Trial_Manual_2ndEd.pdf. Acesso em 11 de julho de 2015.

¹³⁵ Ver Relatório especial sobre a independência de juizes e advogados, UN doc. A/66/289 (2011) §48. Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 104. Disponível em http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Amnesty_Fair_Trial_Manual_2ndEd.pdf. Acesso em 11 de julho de 2015.

¹³⁶ Art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592 de 06/07/92): “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em 17/11/2016.

Nega a igualdade o país cujas autoridades perseguem o cidadão e não lhe permitem uma reparação nos seus tribunais nacionais. Este é o relato do caso Oló Bahamonde examinado sob o artigo 14, n. 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Neste caso o Comitê observou que “a noção de igualdade perante os tribunais abrange o próprio acesso aos tribunais e que uma situação em que as tentativas do indivíduo para submeter as suas queixas à apreciação dos órgãos judiciais competentes são sistematicamente frustradas contraria as garantias previstas no artigo 14, n. 1.”¹³⁷

O princípio da igualdade deve ser observado e garantido ao longo das fases anteriores ao processo e na fase em juízo, no sentido de que toda a pessoa suspeita ou acusada tenha o direito de não ser discriminada na forma como as investigações ou o julgamento são conduzidos ou na forma como a lei lhe é aplicada. Outro sentido do princípio da igualdade é que todos os seres humanos deverão ter acesso aos tribunais em condições de igualdade a fim de reclamar os seus direitos, sem se admitir desigualdade no acesso aos tribunais por mulheres em relação aos homens.¹³⁸

A igualdade de tratamento pelos tribunais implicam que a defesa e a acusação devem ser tratadas da mesma forma, de maneira a garantir a paridade de armas, tanto na preparação como na apresentação de seus casos. Também implica que casos com fatos objetivos similares devem receber resposta similar das autoridades judiciárias, caso em que se houve mudanças, estas não podem ser baseadas em questões discriminatórias (são exemplos: falha em conceder defesa técnica para os que não podem pagá-la; em proporcionar competente intérprete quando necessário; impunidade ou sentenças brandas para funcionários prisionais condenados por violações aos Direitos Humanos, etc.)¹³⁹

As decisões internacionais também observam que o direito ao acesso igualitário aos tribunais não pode comportar qualquer discriminação. É obrigação dos países estabelecer

¹³⁷ Comunicação n. 468/1991, A N. Oló Bahamonde v. Equatorial Guinea. Parecer de 20 de outubro de 1993. In documento das Nações Unidas GAOR, A/49/40 (vol II), p. 187, § 9.4.

¹³⁸ Direitos Humanos na administração da Justiça..., p. 173.

¹³⁹ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 105. Disponível em http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Amnesty_Fair_Trial_Manual_2ndEd.pdf Acesso em 11 de julho de 2015.

tribunais com capacidade de conduzir processos justos, observando desde a sua localização para que nenhum habitante do país tenha dificuldade de chegar até eles, inclusive deficientes, bem como garantir programas de proteção às testemunhas. Na defesa penal, devem providenciar efetiva assistência jurídica, inclusive com previsão dos necessários recursos para a reclamação de infringência dos direitos humanos, principalmente nos casos em que o país adota a pena de morte. Também os países devem reconhecer as pessoas como tais, não violando seus direitos quando, por exemplo, os mantém fora do direito em desaparecimentos forçados.¹⁴⁰

4.1.1.2 Presunção de inocência

Outro princípio indissociável do conceito de processo justo é o direito à *presunção de inocência* como garantia genérica desde a suspeita até o julgamento, incluindo o tratamento do suspeito em todo o inquérito, instrução, julgamento e até que todos os recursos sejam julgados. Atualmente, a fórmula consagrada é a de que toda e qualquer pessoa acusada de uma infração penal é presumidamente inocente até que sua culpa tenha sido legalmente estabelecida no decurso de um processo público no qual todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.¹⁴¹

O Comitê de Direitos do Homem, no seu Comentário Geral n. 13, explica que a presunção de inocência implica que “o ônus de provar as acusações recai sobre as autoridades de acusação e o arguido tem o benefício da dúvida. A culpa não se presume até que a acusação seja provada para além de uma dúvida razoável.¹⁴² Para além disso, a presunção de inocência implica o direito da pessoa ser tratada de acordo com este

¹⁴⁰ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 106. Quando aos desaparecimentos forçados, ver *Madoul v. Argeria*, HRC, UN Doc. CCPR/94/D/1495/2006 (2008) §§7.7-8. Disponível em http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Amnesty_Fair_Trial_Manual_2ndEd.pdf. Acesso em 11 de julho de 2015.

¹⁴¹ Artigo 14, n. 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos; artigo 7º, n. I, alínea “b)” da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; art. 8º, n. 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 6º, nº 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ver também artigo II, n. I da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como o artigo 20, n. 3 do Estatuto do ICTR; no artigo 21, n. 3 do Estatuto do ICTY e no artigo 66, n. I do Estatuto do ICC.

¹⁴² “Se ainda remanesce a dúvida razoável, o acusado deve ser absolvido”. Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 125.

princípio. É, pois, dever de todas as autoridades públicas absterem-se de antecipar o desfecho de um processo.”¹⁴³

O direito à presunção de inocência está consagrado no artigo 6º, n. 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e foi considerado um dos elementos de um processo penal justo e equitativo exigido pelo n. I do mesmo artigo. Interessante é notar que para a aplicação de quaisquer padrões de processo justo – e isso inclui a presunção de inocência e todas as demais garantias, “deverá ser interpretado de forma a garantir direitos que sejam práticos e eficazes e não teóricos e ilusórios”, conforme constou da decisão no caso que se segue.

No caso *Allenet de Ribemont v. França*, a presunção de inocência foi violada em uma coletiva de imprensa cujo foco principal era outro (orçamento da polícia francesa), e no qual participaram o Ministro da Administração Interna, o Diretor do Departamento de Investigação Penal de Paris e o Chefe da Brigada Criminal. Nesta coletiva, sem que houvesse acusação formal, alguns dos mais altos funcionários da polícia francesa se referiram ao Sr. *Allenet de Ribemont* como um dos instigadores de um homicídio e assim cúmplice no homicídio de um deputado francês. No Tribunal tais declarações constituíram-se em uma clara declaração antecipada de culpa que resultou (i) na formação de opinião do público de que ele seria culpado e (ii) uma antecipação sobre a avaliação dos fatos pela autoridade judiciária competente.¹⁴⁴

Portanto, há um só *momento* para que a convicção de culpa seja declarada no processo penal justo. É assim que se entendeu que uma decisão judicial não pode refletir a convicção de sua culpa até que esta fique provada nos termos da lei, não se admitindo que, mesmo na ausência de uma qualquer conclusão formal, um determinado raciocínio possa sugerir que o tribunal considere o acusado culpado antes do momento apropriado determinado em lei.¹⁴⁵

¹⁴³ Comentário Geral n. 13 (Artigo 14), *in* Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 124, § 7.

¹⁴⁴ TEDH, *Caso Allenet de Ribemont c. França*, sentença de 10 de fevereiro de 1995, Série A, n. 308, p. 16, §§ 36 e 41.

¹⁴⁵ TEDH, *Caso Allenet de Ribemont c. França*, sentença de 10 de fevereiro de 1995, Série A, n. 308, p. 16, § 35.

As autoridades devem abster-se de fazer comentários sobre a culpabilidade de qualquer acusado, pelo que a presunção de inocência deve ser assegurada pelo silêncio das opiniões em contrário das autoridades quando haja divulgação pelos meios de comunicação social. Neste sentido também citam-se dois casos paradigmático. O primeiro deles, (i) o caso Gridin, no qual considerou-se violado o artigo 14, n. 2 do Pacto Internacional pois funcionários responsáveis pela aplicação da lei tinham feito declarações públicas, divulgadas pelos meios de comunicação sociais, retratando o acusado como culpado de crimes de violação e homicídio. Neste caso o Comitê chegou a observar que o Supremo Tribunal se referiu à questão, mas não a levou em consideração ao apreciar o recurso do autor.¹⁴⁶ O segundo, (ii) referiu-se à Nigéria, pois considerou-se violado o direito à presunção de inocência no caso em que líderes da Nigéria referiram-se aos acusados como culpados durante diversas coletivas de imprensa, bem como perante as Nações Unidas. Em seguida, todos os acusados acabaram sendo condenados e executados por um tribunal que não era independente de conformidade ao exigido pelo artigo 26 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.¹⁴⁷

A presunção de inocência também é violada se o julgamento se dá por “juízes sem rosto”, ou seja, por juízes não identificados em julgamentos que não sejam públicos. Desta forma entendeu-se violada a garantia de presunção de inocência no caso Polay Campos, em que a vítima foi julgada por um tribunal especial de “juízes sem rosto”, que eram anônimos e não constituíam um tribunal independente e imparcial.¹⁴⁸

A presunção de inocência pode ser colocada em risco se houver possibilidade de que o julgamento seja influenciado por manifestações públicas e atuais de hostilidade. No caso I. Chung v. Jamaica, entendeu-se que a manutenção do local de julgamento foi adequado à garantia da presunção de inocência, sem violar o art. 14, n. 2 do Pacto

¹⁴⁶ Comunicação n. 770/1997, Gridin v. Russian Federation (Parecer de 20 de julho de 2000), in documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 176, § 8.3.

¹⁴⁷ Considerou-se violado o artigo 7º, n. I, alínea “b)” da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Cfr. CADHP, International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organization) v. Nigeria. Comunicações nn. 137/94, 139/94, 154/96 e 161/97, decisão de 31 de outubro de 1998, §§ 94-96 do texto disponível em http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html.

¹⁴⁸ Comunicação n. 577/1994, R. Espinosa de Polay v. Peru (Parecer de 6 de novembro de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II) p. 43, § 8.8.

Internacional, porque as manifestações não eram atuais e porque outros acusados no processo não fizeram igual pedido.¹⁴⁹

Num outro caso de prescrição, o Tribunal de Recurso de Zurique decidiu que não acolheria um pedido de indenização pelos prejuízos ocasionados pela difamação, em processo criminal prescrito. A difamação referia-se a fraudes numa determinada empresa e teria sido veiculada em artigo publicado. Na posição do Tribunal de Recurso, o requerente teria sido muito provavelmente condenado, caso o processo não estivesse prescrito. O Tribunal Europeu, entendeu violada presunção de inocência (art. 6, 1 e 3), porque a Câmara do Tribunal de Recurso estava convicta da culpa do requerente, antes mesmo da defesa. O Tribunal Federal confirmou a decisão da Câmara, o que consolidou a violação nos seus pontos essenciais.¹⁵⁰

A presunção de inocência, por outro lado, não foi considerada violada no caso em que o acusado num processo arquivado teve seu pedido negado de reembolso das despesas processuais e honorários advocatícios, pois ao justificar a negativa, a decisão judicial referiu-se ao requerente como se tivesse praticado o crime, pois nada no processo dava qualquer motivo para duvidar que a condenação estava correta. O Tribunal Europeu concluiu que estes fatos não violaram o art. 6º, n.2, pois entendeu que o Tribunal de Recurso tinha discricionariedade para decidir, com base na equidade, se as custas deveriam ser pagas pelos cofres públicos e que a declaração do juiz na decisão de não reembolso não foi entendida como uma nova determinação de culpa.¹⁵¹

Assim é que se entende que “o direito à presunção de inocência até que a culpa fique provada condiciona tanto a fase dos inquéritos penais como a condução do julgamento; cabe às autoridades de acusação provar, para além de uma dúvida razoável, que o arguido é culpado da infração. Declarações públicas negativas proferidas por funcionários podem comprometer a presunção de inocência.”¹⁵²

¹⁴⁹ Comunicação n. 591/1994, I. Chung v. Jamaica (Parecer de 9 de abril de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 61, § 8.3.

¹⁵⁰ TEDH, Caso Minelli c. Suíça, sentença de 25 de março de 1983, Série A, N. 62, p. 18, §§ 38 e 40.

¹⁵¹ TEDH, Caso Leutscher c. Países Baixos, sentença de 26 de março de 1996, Relatórios de 1996-II, p. 436, § 31.

¹⁵² Direitos Humanos na administração da Justiça..., p. 176.

Consequência da presunção de inocência é que o ônus de provar a culpa recai sobre as autoridades encarregadas da acusação, com a necessidade de apresentação de provas além da dúvida razoável, sendo que tal ônus da prova não faz parte de nenhum tratado internacional explicitamente, mas é reconhecido como decorrente da presunção de inocência.¹⁵³ No julgamento do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia, decidiu-se que a prova além da dúvida razoável é aquela que demonstra um fato cuja única explicação razoável seja a demonstração da culpa do acusado e não outra.¹⁵⁴

Enquanto o Estatuto Roma, do TPI (Artigo 67(1) (i)), não admite qualquer inversão da prova sob responsabilidade do acusado, o Comitê de Direitos Humanos entende que estas inversões, se previstas na lei local, poderiam ser aceitas se limitadas e sempre capazes de ser revertidas pelas provas possíveis manuseadas pela defesa do acusado.¹⁵⁵ As prisões cautelares ou preventivas, antes que a condenação definitiva tenha sido decidida, se longas demais, além do estritamente necessário para assegurar que o indivíduo não impedirá a investigação ou se evada, representa uma antecipação da pena que só poderia ser aplicada caso a condenação já tivesse transitado em julgado – violando, portanto, a presunção de inocência.¹⁵⁶ O Tribunal Europeu já entendeu que viola a presunção de inocência quando o réu está ligado à algum atributo no tribunal que denotaria sua culpa de maneira implícita, como o uso de algemas ou o uso de uniformes próprio dos já condenados.¹⁵⁷ O cuidado com a presunção de inocência deve ser tomado também pelas próprias autoridades judiciais, como por exemplo, no caso em que, para negar a

¹⁵³ Comentário Geral do Comitê de Direitos Humanos n. 32, §30. Ver também Barberà, Messagué e Jabardo v. Espanha (10590/83), (1988), §77, Telfner v. Austria (33501/96), (2001) §15 e Ricardo Canese v. Paraguai, Corte Interamericana (2004), §§153-154, *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 125.

¹⁵⁴ Acusação v. Milan Martić (IT-95-11-A), ICTY Câmara de Apelação, 8/11/2008, §§55, 61.

¹⁵⁵ É o caso da lei antiterrorismo do Sri Lanka em que a acusação deve provar que a confissão foi voluntária e o acusado tem que provar que foi involuntária quando ela se deu coercitivamente sob tortura. Ver Singarasa v. Sri Lanka, HRC, UN Doc. CCPR/C/81/D/1033/2001 (2004) §7.4. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 126.

¹⁵⁶ Ver Cagas et al. v. Filipinas, HRC, UN Doc. CCPR/C/73/D/788/1997 (2001) §7.3. Ver também: Corte Interamericana: Chaparro Alvarez e Lapo Iñiguez v. Equador, (2007), §§145-146; Tibi v. Equador, (2004), §189; Suárez-Rosero v. Equador, (1997), §§77-78; Relatório da Comissão Interamericana sobre Terrorismo e Direitos Humanos, (2002), capítulo III, Seção D, §223. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 127.

¹⁵⁷ Samoila e Cionca v. Romênia (33065/2003), (2008), §§99-100, Ramishvili e Kohredidze v. Geórgia (174/06), (2009) §§94-102, 132. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 128.

indenização por prisão indevida na fase de investigação, o juiz conclui que o requerente teria alguma culpa, apesar do julgamento penal tê-lo absolvido.¹⁵⁸

4.1.1.3 Direito à intimidade na fase dos inquéritos penais

Nos textos legais internacionais, o direito ao respeito pela vida privada, família, do domicílio e da correspondência da pessoa é garantido, em textos com diferentes dizeres que aqui podem ser relacionados: pelo artigo 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; pelo art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

No entanto, admite-se restrições ao exercício destes direitos, como nos seguintes textos: *(i)* artigo 17, n. 1 do Pacto Internacional que estabelece que “ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação”; *(ii)* artigo 11 da Convenção Americana, na qual “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas na (...)”; *(iii)* artigo 8º da Convenção Europeia, “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício” do direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência “..., senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

Quanto às buscas que possam ser realizadas em detrimento ao direito à intimidade, não há regras específicas nas normas internacionais de direitos humanos, mas é possível construir um delineamento da jurisprudência europeia baseados nas discussões do caso Chappel (civil).

¹⁵⁸ Ver *Allen v. Reino Unido* (25404/09) Grand Chamber (2013), §§101, 123; *Ringvold v. Noruega* (34964/97), §38. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 128.

O Tribunal Europeu entendeu que os atos praticados foram compatíveis com o o artigo 8º da Convenção Europeia com uma busca nas instalações da empresa do requerente, deferida sob a forma de liminar sem oitiva da parte contrária, destinada a obter provas relativas aos direitos do autor contra violações não autorizadas.¹⁵⁹

Deste julgamento percebe-se os requisitos para que uma busca seja considerada conforme aos ditames dos direitos humanos, pois apresentavam (i) acessibilidade – entendida como a existência de textos jurídicos que cuidam desta medida; (ii) previsibilidade – havia termos e condições básicas enunciadas com precisão suficientes e (iii) se a medida seria necessária numa sociedade democrática, aqui compreendendo-se (a) a duração específica e curta dos efeitos da medida; (b) havia restrições nos horários em que as buscas poderiam ocorrer e (c) os materiais apreendidos só poderiam ser utilizados para fins previamente determinados.¹⁶⁰

Em resumo, decorre das normas internacionais de direitos humanos que as ingerências no direito da pessoa à vida privada no decorrer dos inquéritos penais sejam legais e prossigam um fim legítimo em relação ao qual a medida em causa deverá ser proporcional.¹⁶¹

A correspondência de pessoas presas também representa uma importante extensão de sua intimidade, embora admitam-se limitações quanto ao seu exercício, justamente porque tais pessoas se submetem a um regime prisional que lhes impõe restrições.

Não se admitiu as restrições à correspondência entre advogado e cliente preso, ainda na fase do inquérito, como ocorreu no caso *Schönenberg e Dumaz*. Neste caso, o acusado, taxista em Genebra, foi detido sob a acusação de tráfico de drogas, tendo sido transferido para Zurique. A sua esposa do Sr. Dumaz pediu para um advogado assumir a causa, pelo que este enviou uma correspondência ao preso, com as procurações e com o lembrete para que, se quisesse, teria o direito ao silêncio, podendo se recusar a fazer quaisquer declarações. A correspondência foi retida pelo procurador distrital, sendo-lhe nomeado outro advogado local.

¹⁵⁹ Direitos Humanos na administração da Justiça..., p. 180.

¹⁶⁰ TEDH, caso *Chappel e Reino Unido*, sentença de 30 de março de 1989, Série A, n. 152-A, p. 24, §§ 56 e 60.

¹⁶¹ Direitos Humanos na administração da Justiça..., p. 182.

O Tribunal *(i)* aceitou que a finalidade da retenção desta carta foi “a defesa da ordem e a prevenção do crime” mas *(ii)* rejeita a providência por não ser justificável como “necessária numa sociedade democrática”, violando-se o direito de defesa por advogado de sua escolha (art. 6º) e uma violação do artigo 8º, deixando claro que a relação entre a pessoa suspeita, indiciada ou acusada de uma infração penal e seu advogado, mesmo potencialmente e sem que houvesse mandato assinado, é uma relação privilegiada, que as autoridades nacionais devem respeitar.¹⁶²

Em outro caso, Pfeifer e Plankl, também considerou-se a ingerência na correspondência como não justificável como necessária numa sociedade democrática. As cartas foram trocadas entre duas pessoas presas preventivamente. Numa delas o juiz de instrução riscou e tornou ilegíveis os trechos que continham insultos e gracejos contra os guardas da instituição prisional. O Tribunal considerou injustificáveis as ingerências e valeu-se de outro julgado, Silver e Outros, em que já havia decidido “que não era necessário numa sociedade democrática impedir a transmissão de missivas particulares destinadas a insultar as autoridades ou contendo material deliberadamente destinado a insultar as autoridades prisionais (...)”; decidindo que embora a eliminação das passagens no caso Pfeifer e Plankl constituísse “admissivelmente uma ingerência menos grave”, era ainda assim “desproporcionada” nas circunstâncias do caso e violava o artigo 8º da Convenção.¹⁶³

Quanto às escutas telefônicas, há sempre uma grande preocupação, pois trata-se de um ato exercido em segredo e sujeito à arbitrariedades, sendo que, basicamente, a providência deve estar prevista em lei interna, perseguir fins determinados (art. 8, n. 2) e ser necessária numa sociedade democrática. As decisões aqui referidas são do Tribunal Europeu de Direitos do Homem.¹⁶⁴ Estar prevista a escuta em lei significa que a lei deve ser acessível e previsível, ou seja, devem dar aos cidadãos indicações adequadas quanto às circunstâncias e condições em que as autoridades públicas podem recorrer à escuta. Se a lei conferir discricionariedade às autoridades, deverá indicar os limites dessa discricionariedade.¹⁶⁵

¹⁶² TEDH, Caso Schönenberg e Dumaz, sentença de 20 de junho de 1988, Série A, N. 137, p. 13, § 25.

¹⁶³ TEDH, Caso Pfeifer e Plankl c. Áustria, sentença de 25 de fevereiro de 1992, Série A, N. 227, p. 19, § 48.

¹⁶⁴ Direitos Humanos na administração da Justiça..., p. 177.

¹⁶⁵ TEDH, Caso Malone c. Reino Unido, sentença de 2 de agosto de 1984, Série A, N. 82, p. 32, § 67.

O chamado “padrão de uma sociedade democrática” foi novamente utilizado no caso Huvig, em que os autores foram alvo de escutas telefônicas. As escutas duraram dois dias e foram ordenadas por um juiz na investigação de crimes de evasão fiscal e fraude contábil. O Tribunal Europeu entendeu que a medida respeitava a previsibilidade e acessibilidade, pois a medida constava da legislação e jurisprudência francesas. A violação ocorreu quanto à qualidade da lei (art. 8º). Considerou o Tribunal que (i) a lei não indicava com razoável clareza o âmbito e a forma de exercício dos poderes discricionários atribuídos às autoridades públicas; (ii) a lei não evitaria abusos porque, por exemplo, faltava indicar as categorias de pessoas cujos telefones estariam sujeitos à escuta e também não havia previsão sobre a natureza dos delitos que ensejariam tais ordens. A lei também (iii) não obrigava o juiz a estabelecer um prazo limite para a duração das escutas e nem o prazo para a manutenção das gravações em caso de absolvição em tribunal. Em resumo, o Tribunal entendeu que os requerentes não foram protegidos adequadamente como exigido pelo princípio do Estado de Direito numa sociedade democrática.¹⁶⁶ Em outros casos o Tribunal Europeu também decidiu que violações semelhantes ao artigo 8º, n. 2 da Convenção ocorreram pelo não atendimento do requisito “previsto em lei”.¹⁶⁷

Em outro caso, na França, uma pessoa acusada de receptação de produto de roubo, teve sua pena agravada em razão de escutas de conversas que manteve com uma outra pessoa que estava sendo monitorada. O Tribunal francês negou-lhe legitimidade para discutir as incursões realizadas na escuta de terceiro. Entendeu-se que a lei era clara, porém o Tribunal Europeu entendeu que um grande número de pessoas estariam desprotegidas quando fizessem chamadas para telefones sob escuta determinada por um juiz. Assim, as garantias estariam sendo esvaziadas em seu conteúdo, pelo que entendeu-se que o requerente não tinha à sua disposição, o controle efetivo que um Estado de Direito deve garantir, como necessário numa sociedade democrática.¹⁶⁸

¹⁶⁶ TEDH, Caso Huvig c. França, sentença de 24 de abril de 1990, Série A, N. 176-B, pp. 56-57, §§ 34 e 35.

¹⁶⁷ TEDH, Caso Malone c. Reino Unido, sentença de 2 de agosto 1984, Série A, N. 82 e TEDH, Caso Kruslin c. França, sentença de 24 de abril de 1990, Série A., N. 176-A. No caso Klass e Outros, contudo, o Tribunal não considerou ter havido violação ao artigo 8º: vide TEDH, Caso Klass e Outros, sentença de 6 de setembro de 1976, Série A, n. 28.

¹⁶⁸ TEDH, Caso Lampert c. França, sentença de 24 de agosto de 1998, Relatórios de 1998-V, p. 2240, §§ 8-10, 14, 28-29, 38-40. Este é um exemplo interessante entre muitos que reflete o impacto da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na legislação interna.

Assim, se extrai um conjunto de regras que o direito às escutas deve ser restrito em relação ao respeito pela vida privada, sendo que toda a ingerência deve estar prevista no direito interno, com o maior grau de detalhes possível, para um fim específico e legítimo, dotando os cidadãos que foram alvo das escutas de meios adequados de impugnação. Tais observações parecem válidas e razoáveis também ao abrigo do Pacto Internacional, bem como da Convenção Americana.¹⁶⁹

4.1.1.4 Proibição de tortura

A proibição de tortura – inclusive quando uma pessoa encontra-se detida, em qualquer fase do processo e com especial ênfase na fase do inquérito penal – é comum às principais legislações que tratam de direitos humanos e também constitui-se na proibição até hoje violada em várias partes do mundo. Há previsão da proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis ou desumanos na: (i) Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; (ii) art. 4º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; (iii) art. 5º, n. 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (iv) art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que não contém o termo “cruel” e (v) art. 4º da Declaração Universal. Há especial reforço para as pessoas privadas de liberdade, observando-se o direito de ser tratado com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana (art. 10º, n. 1 do Pacto e art. 5º, n. 2 da Convenção Americana). Existem tratados específicos como os promovidos pela ONU, pela OEA e pelo Conselho da Europa, em particular a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985 e a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, de 1987.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Direito a um processo justo: Parte I – Do inquérito ao julgamento, p. 180.

¹⁷⁰ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 182.

Há previsão no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (artigo 55, n. 1, alínea b) estabelecendo o direito de que uma pessoa sob investigação em inquérito penal não “poderá ser submetida a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”

Um outro conjunto de regras é destinado aos profissionais que tem contato com as pessoas suspeitas e que estejam presas (policiais ou autoridades de acusação), como (i) o artigo 5º do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, de 1979, que estabelece que “nenhum funcionário responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outra pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante” e (ii) para os membros do Ministério Público, no artigo 16 dos Princípios Orientadores Relativos à Função dos membros do Ministério Público: “Caso os membros do Ministério Público recebam contra suspeitos elementos de prova que saibam ou tenham motivos razoáveis para supor que foram obtidos através do recurso a métodos ilícitos, que constituam uma grave violação dos direitos humanos do suspeito, em especial se envolverem tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou outros abusos de direitos humanos, deverão recusar-se a utilizar tais elementos de prova contra qualquer pessoa que não seja aquela que recorreu a esses métodos, ou informarão o Tribunal em conformidade, e deverão tomar todas as providências necessárias para garantir que os responsáveis pela utilização de tais métodos sejam levados a responder perante a justiça.”¹⁷¹ No artigo 54, n. 1, alínea c) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional estabelece que um dos deveres do Procurador, em matéria de inquérito, consiste em “respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo presente Estatuto” o que abrange a proibição da coação e da tortura (art. 55, n. 1, alínea c)). Particular atenção deve ser dada para a questão da proteção contra a tortura de mulheres e crianças em situação de reclusão, incluindo aí abusos sexuais e maus tratos.

Conforme a jurisprudência da Corte IDH, a tortura é um ato (i) intencional, (ii) que cause severos sofrimentos físicos ou mentais, considerados os fatores endógenos, ou seja, característica da tortura, a duração, o método utilizado, os efeitos físicos e mentais, assim como fatores exógenos como as condições particulares da pessoa que sofre a tortura, tais como a idade, sexo, estado de saúde ou qualquer outra condição pessoal. Por fim, (iii) que

¹⁷¹ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 182.

seja praticado com o fim de obter uma confissão na forma e sentido desejado pelas autoridades.^{172 173}

A Corte IDH criou o conceito de tortura psicológica para adequar os diferentes elementos do sofrimento mental. Essa tortura é produzida pela angústia moral resultante de ameaças e pelo perigo real de que a pessoa torturada seja submetida a lesões físicas.¹⁷⁴ No caso *Cantoral Benavides v. Perú* (2000), o Tribunal Interamericano entendeu como tortura psíquica os atos de agressão, além da privação de liberdade, para diminuir-lhe a resistência psíquica e produzir uma confissão.¹⁷⁵

A violência sexual contra a mulher também foi considerada pela Corte IDH como uma violação ao artigo 5.2 da Convenção Americana.¹⁷⁶ Há especial atenção para a vulnerabilidade da vítima e o abuso de poder do agente, com o objetivo de degradar, humilhar, castigar ou controlar a pessoa constrangida.¹⁷⁷ Também é tortura pelo resultado traumático e pelas consequências danosas, física e psicologicamente em trauma de difícil superação pelo tempo.¹⁷⁸ É também tortura a violência sexual praticada em um único ato e fora das instalações estatais, inclusive no domicílio da vítima.¹⁷⁹ Desta forma é que a Corte IDH, com base nos julgados mencionados e no artigo 2º da Convenção contra a Tortura, determinou que os atos de violência sexual, são considerados violação sexual por seus efeitos e que constituem em ato de tortura.¹⁸⁰

Sobre os tratamentos ou penas cruéis, desumanas e degradantes, a Corte IDH, em conformidade com os artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, entende que a detenção deve ser compatível com a dignidade da pessoa humana e o Estado deve assegurar tal

¹⁷² Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal* in *Revista IIDH*, vol. 59, pp. 33-34.

¹⁷³ *Cfr.* *Caso Buenos Aires v. Argentina*, sentença de 11 de maio de 2007, Série C N. 79-87; *Caso J. v. Perú*, sentença de 27 de novembro de 2013, Série C N. 275, § 364.

¹⁷⁴ *Cfr.* *Caso Maritza Urritia v. Guatemala*, sentença de 27 de novembro de 2003, Série C N. 103, § 92; *Caso J. v. Perú*, § 364.

¹⁷⁵ *Cfr.* *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, sentença de 18 de agosto de 2000, Série C N. 69, § 104.

¹⁷⁶ *Cfr.* *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, sentença de 25 de novembro de 2006, Série C N. 160, § 306.

¹⁷⁷ *Cfr.* *Caso Fernández Ortega e outros v. México*, sentença de 30 de agosto de 2010, Série C N. 215, §§ 127 e 128; *Caso Rosendo Cantú e outra v. México*, sentença de 31 de agosto de 2010, Série C N. 216, § 117.

¹⁷⁸ *Cfr.* *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, sentença de 25 de novembro de 2006, Série C N. 160, §§ 306 e 311; *Caso Fernández Ortega e outros v. México*, § 119.

¹⁷⁹ *Cfr.* *Ibidem*, § 128; *Caso Rosendo Cantú e outra v. México*, § 118.

¹⁸⁰ No caso *Penal Miguel Castro y Castro*, a Corte IDH determinou que os atos de violência sexual a que foi submetida uma interna sob a suposta inspeção vaginal constituiu uma violação sexual. *Cfr.* *Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, § 312.

compatibilidade, justamente porque os detentos estão sob seu inteiro controle.¹⁸¹ A integridade pessoal é considerada violada quando as condições de confinamento apresentam falta de ventilação, luz natural, inexistência de cama para o repouso e nem condições mínimas de higiene.¹⁸² A superpopulação carcerária, a ausência de boa alimentação a falta de exercícios ou atividades recreativas, a falta de cuidados médicos, odontológicos e psicológico afetam a saúde mental, repercutindo em desfavor do desenvolvimento psíquico da vida e da integridade pessoal da vítima.¹⁸³ Por outro lado, são também violações ao artigo 5.2 da Convenção Americana, como tratamento cruel, desumano ou degradante, a incomunicabilidade, o confinamento em cela reduzida, sem ventilação e luz natural, com restrições ao regime de visitas.¹⁸⁴ O isolamento prolongado e a incomunicação coativa são, por si só, tratamentos cruéis e desumanos que lesam a integridade psíquica e moral da pessoa.¹⁸⁵ A incomunicação é possível somente em situações excepcionais em razão dos perigos e da vulneração que representa.¹⁸⁶

Também foi desenvolvido na jurisprudência da Corte IDH, como tratamento cruel, desumano e degradante, o que se passou a conhecer por “corredor da morte”, seguindo a jurisprudência do Tribunal Europeu, o Tribunal Interamericano entendeu que este se configura como um período prolongado e prévio à execução capital, no qual o condenado sofre a angústia mental, tensão extrema e trauma psicológico.¹⁸⁷

Destacamos neste caso, dois pontos de suma importância: (i) a confluência de jurisprudência num determinado sentido – a provocar uma uniformidade de julgados e a estabelecer determinado padrão e (ii) a criação de situações normativas novas, desenvolvidas como se houvesse previsão legislativa nos tratados de direitos humanos, aptas a integrar e aperfeiçoar o entendimento do processo justo, visto que se refere à execução de pena em processo criminal.

¹⁸¹ *Cfr.* Caso Caesar v. Trinidad y Tobago, sentença de 11 de março de 2005, Série C N. 123, § 97; Caso Tibi v. Ecuador, sentença de 7 de setembro de 2004, Série C N. 114, § 150.

¹⁸² *Cfr.* Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, sentença de 20 de junho de 2005, Série C N. 126, § 118; Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, sentença de 25 de novembro de 2004, Série C N. 119, § 102.

¹⁸³ *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducción del Menor” v. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentença de 2 de septiembre de 2004, Serie C N. 112, párr. 166 y 168.

¹⁸⁴ *Cfr.* Caso Loayza Tamayo v. Perú, sentença de 17 de setembro de 1997, Série C N. 33, §§ 57 e 58.

¹⁸⁵ *Cfr.* Caso Maritza Urrutia v. Guatemala, sentença de 27 de novembro de 2003, Série C N. 103, § 87; Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, sentença de 25 de novembro de 2000, Série C N. 70, § 150.

¹⁸⁶ *Cfr.* Caso Cantoral Benavides v. Perú, § 84; Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, § 104.

¹⁸⁷ *Cfr.* Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin e outros v. Trinidad y Tobago, sentença de 21 de junho de 2002, Série C N. 94, § 167; Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala, sentença de 15 de setembro de 2005, Serie C N. 133, § 97.

Como os atos de tortura geralmente são cometidos por agentes estatais, o dever de investigar tais violações, no âmbito interno do país nos quais ocorreu, não podem ser atenuadas por disposições legislativas de espécie alguma.¹⁸⁸ Assim que conhecidas as denúncias ou motivos para crer que ocorreu um ato de tortura, a investigação imparcial e efetiva deve se iniciar de ofício e sem demora, bem como a punição, se cabível, não deve tardar.¹⁸⁹ As investigação efetivas, pela Corte IDH, são aquelas que “deben tomar en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de actos de tortura y, particularmente, las definidas en el Protocolo de Estambul”.¹⁹⁰

Não se aceitam as excusas de segredo de Estado, confidencialidade, interesse público ou segurança nacional, na aplicação da proteção judicial efetiva, quando a determinação de tais excusas ficarem sob o controle de um órgão de Estado em que se encontram os acusados de tortura.¹⁹¹ A Corte IDH foi além de suas congêneres internacionais pois entende que, além das vítimas, a sociedade em seu conjunto tem o direito de saber a verdade sobre os acontecimentos.¹⁹²

O dever de punir os responsáveis por atos de tortura complementa e reforça a obrigação prevista no artigo 1.1 da Convenção Americana.¹⁹³ O delito de tortura deve ser incorporado às legislações nacionais, tipificado conforme os padrões mínimos e com todos os elementos estabelecidos pelo Direito Internacional, advertindo-se que “la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar la tortura”.¹⁹⁴ Há também o dever de excluir as provas obtidas pela tortura, pois tal exclusão complementa o direito ao devido processo, conforme

¹⁸⁸ *Cfr.* Corte IDH, Caso Vargas Areco v. Paraguay, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C N. 155, § 81; Caso Gutiérrez Soler v. Colombia, sentença de 12 de setembro de 2005, Série C N. 132, § 54.

¹⁸⁹ *Cfr.* Corte IDH, Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela, sentença de 5 de Julho de 2006, Série C N. 150, § 79; Caso Ximenes Lopes v. Brasil, sentença de 4 de Julho de 2006, Série C N. 149, § 148.

¹⁹⁰ *Cfr.* Corte IDH, Caso Vargas Areco v. Paraguay, § 93.

¹⁹¹ *Cfr.* Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C N. 101, §§ 180 e 181; Caso La Cantuta v. Perú, sentença de 29 de novembro de 2006, Série C N. 162, § 111.

¹⁹² *Cfr.* Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentença de 1º de Julho de 2006, Serie C N. 148, §§ 299 e 402.

¹⁹³ *Cfr.* Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, §§ 165 e 166.

¹⁹⁴ *Cfr.* Caso Goiburú e outros v. Paraguay, sentença de 22 de setembro de 2006, Serie C N. 153, § 92.

o artigo 8º da Convenção Americana¹⁹⁵, tal como ocorreu com as provas obtidas no caso Cantoral Benavides.¹⁹⁶

As questões relacionadas à tortura costumam ser ligadas às regras de exclusão de provas obtidas em violação à *standards* internacionais, sejam baseados em normas costumeiras do Direito Internacional ou em regras previstas em tratados internacionais, inclusive afastando o uso de prova colhida do próprio acusado, de outras testemunhas e outras provas materiais que possam ter sido obtidas por tortura, coerção ou opressão, mesmo durante os tempos de emergência, nos casos de terrorismo – isso porque a proibição de tortura (ou maus tratos ou tratamento desumano ou degradante) é norma não derogável, em qualquer tempo, seja pelos tratados de Direitos Humanos ou pelas normas costumeiras de Direito Internacional. No termo tortura compreende-se também qualquer outro tratamento cruel, desumano ou degradante, sendo o processo justo afrontado com o uso de tais provas obtidas assim, ainda que não decisivas para o julgamento.¹⁹⁷ Se houve uma prisão em que o detido ficou incomunicável, as regras africanas já presumem que uma confissão tenha sido obtida em violação ao processo justo e as exclui.¹⁹⁸ Por este motivo, não se aceita nos tribunais de Direitos Humanos a confissão resultante do período de detenção em que o detento ficou incomunicável, ou foi desaparecido forçadamente ou houve detenção secreta.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Na qual se estabelece que o indivíduo tem “2.g.) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable [...] 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.”

¹⁹⁶ *Cfr.* Caso Cantoral Benavides v. Perú, §§ 132 e 133; Caso Tibi v. Ecuador, § 149.

¹⁹⁷ Tribunal Europeu: Harutyunyan v. Armenia (36549/03), (2007), §§63-66; Levinta v. Moldávia (17332/03), (2008), §100; Stanimirovic v. Sérvia (26088/06), (2011), §52.

¹⁹⁸ “Any confession or admission obtained during incommunicado detention shall be considered to have been obtained by coercion.” Seção N(a)(1) dos Princípios e orientações sobre o direito ao processo justo e assistência jurídica na África, 2003. Disponível em <http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/>, acesso em 20/11/2016.

¹⁹⁹ Relatório especial sobre tortura, UN Doc. A/61/259 (2006), §56; Relatório especial sobre direitos humanos e contra-terrorismo, UN. Doc. A/63/223 (2008), §45(d); Comissão Interamericana, Resolução n. 29/89, Nicarágua (10.198), (1990). *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 133.

4.1.1.5 Direito de ser informado sobre as acusações e de compreendê-las

O direito a ser informado sobre as acusações, em língua que o acusado compreenda, está previsto no artigo 14, n. 3, alínea a) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, pois toda pessoa tem o direito a “ser prontamente informada, numa língua que ela compreenda, de modo detalhado, acerca da natureza e dos motivos da acusação apresentada contra ela”. Redação semelhante também é vista no art. 6º, n. 3, alínea a) da Convenção Europeia. De acordo com o art. 8º, n. 2, alínea b) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o acusado tem direito a uma “comunicação prévia e pormenorizada (...) da acusação formulada.” Por seu turno, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos não contém qualquer disposição que garanta expressamente o direito da pessoa de ser informada das acusações penais formuladas contra si, porém tal princípio foi acolhido pela Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos ao determinar que as pessoas detidas “serão prontamente informadas das acusações dirigidas contra si.”²⁰⁰ O Princípio 10 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão estabelece que “deverá ser informada, no momento da captura, dos motivos desta e será prontamente informada de quaisquer acusações formuladas contra si.”

O direito a ser informada sobre os motivos das acusações é complementado pela obrigação de que essa informação seja compreendida pelo acusado, inclusive na língua que compreenda, tanto no momento da detenção como no decurso do inquérito, conforme o Princípio 14 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, segundo o qual “a pessoa que não compreenda ou não fale suficientemente bem a língua utilizada pelas autoridades responsáveis pela sua captura, detenção ou prisão tem o direito de receber sem demora, numa língua que compreenda, a informação mencionada nos princípios 10; 11, n. 2; 12, n. 1 e 13 e de beneficiar da assistência, se necessário gratuita, de um intérprete no âmbito do processo judicial subsequente à sua captura.” Idêntico dever de informar encontra-se no art. 42 (A) das Regras de Processo e Prova dos Tribunais Penais para a Ruanda e para ex-Iugoslávia

²⁰⁰ CADHP, Media Rights Agenda (on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria, Comunicação n. 224/98, adotada durante a 28ª sessão, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, § 43, do texto da decisão conforme publicada em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>.

que garantem ainda o direito do suspeito “de ter a assistência jurídica gratuita de um interprete” se “não compreender ou não falar a língua a utilizar no interrogatório.”

O direito à informação aplica-se a todo acusado, encontre-se ele detido ou não, sendo também uma exigência de que a informação seja imediata logo que a acusação seja formulada pela autoridade competente, conforme interpretação dos artigos 14, n. 3 alínea a) pelo Comitê dos Direitos do Homem,²⁰¹ em que se esclarece que “este direito nascerá sempre que, no decurso de um inquérito, um tribunal ou autoridade de acusação decida tomar medidas processuais contra uma pessoa suspeita de um crime ou publicamente a designe como tal. As exigências específicas da alínea a) do n. 3 podem ser cumpridas mediante a comunicação da acusação oralmente ou por escrito, desde que a informação indique tanto a lei como os alegados fatos em que se baseia.”

Sobre as informações detalhadas serem comunicadas imediatamente, o Comitê esclarece que “a informação detalhada a respeito das acusações apresentadas contra o acusado não deve ser fornecida imediatamente após a detenção, mas com o início dos atos preliminares de inquérito ou com a marcação de qualquer outra audiência que dê origem a uma suspeita clara e oficial contra o arguido.”²⁰² O Comitê entendeu que “os detalhes da natureza e causa da acusação não têm necessariamente de lhe ser comunicados no momento da detenção.”²⁰³ Também entendeu que “a exigência de pronta informação (...) se aplica apenas quando o indivíduo é formalmente acusado de uma infração penal” e que, conseqüentemente, não se aplica aos presos preventivos na pendência do resultado das investigações policiais”, situação abrangida pelo art. 9º, n. 2 do Pacto.²⁰⁴

Não houve violação do artigo 14, n. 3, alínea a) quando o autor tenha sido “informado das razões da sua detenção e das acusações contra si formuladas até o início da audiência preliminar.”²⁰⁵ Houve, no entanto, violação no caso em que o acusado não tinha sido informada das acusações apresentadas contra si antes do julgamento *in camera* por um

²⁰¹ Comentário Geral n. 13 (art. 14), in Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 124, § 8º.

²⁰² Comunicação n. 561/1993, D. Williams v. Jamaica (Parecer adotado em 8 de abril de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 151, § 9.2.

²⁰³ Comunicação n. 702/1996, C. McLawrence v. Jamaica (Parecer adotado em 18 de julho de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 232, § 5.9.

²⁰⁴ Comunicação n. 253/1987, P. Kelly v. Jamaica (Parecer adotado em 8 de abril de 1991), in documento das Nações Unidas GAOR, A/46/40, p. 247, § 5.8.

²⁰⁵ Comunicação n. 561/1993, D. Williams v. Jamaica (Parecer adotado em 8 de abril de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 151, § 9.2.

tribunal militar que a condenou, sem a possibilidade de entrar em contato com o advogado que lhe foi nomeado.²⁰⁶

O Comitê não proíbe completamente os julgamentos à revelia (art. 14) desde que haja comunicação sobre o procedimento com a devida antecedência, mas também reconhece-se um limite para os esforços que o Estado de empregar para fazer contato com o acusado.²⁰⁷ No caso Mbenge, o acusado soube do julgamento pela imprensa, após sua conclusão. Entendeu-se que as autoridades conheciam seu endereço, mas não realizaram esforços necessários para que a citação da réu, violando-se, portanto, o art. 14, n. 3, alíneas a), b), d) e e) do Pacto.

O artigo 8º, n. 2, alínea b) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi violado no caso Castillo Petruzzi et al, em que “os acusados não foram notificados com suficiente antecedência, e em detalhe, das acusações apresentadas contra eles.” A pronúncia foi apresentada em 2 de janeiro de 1994 e os advogados só puderam consultar o processo em 6 de janeiro “durante muito pouco tempo” tendo a sentença sido proferida no dia seguinte.²⁰⁸

Quanto ao critério de informação em tempo suficiente, (art. 6, n. 3, alínea a) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), o Tribunal Europeu entendeu suficiente a entrega da citação (com a informação da acusação e a data e o local da infração), respectivamente dez horas e uma hora e um quarto após a detenção.²⁰⁹

O Tribunal entendeu violado o art. 6º, n. 3, alínea a) no caso em que o requerente de origem estrangeira pediu que as autoridades italianas enviassem as informações em língua que ele compreenda ou na sua língua materna ou numa das línguas oficiais das Nações Unidas. Somente se admitiria o não atendimento ao pedido feito em carta, se as

²⁰⁶ Comunicação n. R. 14/63, R. S. Antonaccio v. Uruguay (Parecer adotado em 28 de outubro de 1981), in documento das Nações Unidas GAOR, A/37/40, p. 120, § 20 comparado com p. 119, § 16.2.

²⁰⁷ Comunicação n. 16/1977, D. Monguya Mbenge v. Zaire (Parecer adotado em 25 de março de 1983), in documento das Nações Unidas GAOR, A/38/40, p. 138, §§ 14.1-14.2.

²⁰⁸ TIADH, Caso Castillo Petruzzi *et al* c. Peru, sentença de 30 de maio de 1999, Série C, N. 52, p. 202, §§ 141-142, lidos em conjunto com p. 201, § 138.

²⁰⁹ TEDH, Caso Steel e outros c. Reino Unido, sentença de 23 de setembro de 1998, Relatórios de 1998-VII, p. 2741, § 85.

autoridades italianas tivessem conhecimento de que o acusado possuía condições de compreender a notificação judicial.²¹⁰

Em resumo, “toda a pessoa acusada de uma infração penal deverá ser informada prontamente e numa língua que compreenda das acusações apresentadas contra si, com detalhes quanto à base jurídica e factual da acusação. Esta informação deverá ser fornecida com suficiente antecedência relativamente ao julgamento para que o arguido possa preparar adequadamente sua defesa.”²¹¹

Estrangeiros tem o direito à notificações adicionais para o consulado ou embaixada de seus países; se refugiado ou protegido por qualquer organismo internacional, essa organização deve ser notificada. A Corte Interamericana determinou que a notificação sobre o direito ao contato consular deve ser feito em qualquer situação logo na prisão e, em todo caso, antes que o detido faça seu primeiro depoimento às autoridades.²¹²

4.1.1.6 Direito à assistência jurídica

O direito à assistência jurídica vem explicitado no *(i)* art. 14, n. 3, alínea d) do Pacto Internacional; *(ii)* art. 7º, n. 1, alínea c) da Carta Africana e art. 6º, n. 3, alínea c) da Convenção Europeia. O art. 8º, n. 2, alínea d) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece ainda que, durante o processo penal, todo o arguido tem o direito “de comunicar livremente e em particular com o seu defensor”. Não há previsão semelhante sobre a proteção da confidencialidade entre advogado e cliente no Pacto Internacional, na

²¹⁰ TEDH, Caso Brazicek c. Itália, sentença de 19 de dezembro de 1989, Série A, n. 176, p. 18, § 41.

²¹¹ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 187.

²¹² Ver Chaparro Alvarez e Lapo Iñiguez v. Equador, (2007), §164; Acosta-Calderón v. Equador, (2005), §125, Tibi v. Equador, (2004), §§112, 195, entre outros. O Tribunal de Justiça Internacional esclareceu que este direito à notificação para o estrangeiro deve ser efetivado tão logo seja percebido que se trata de um estrangeiro. Ver Avena e outros mexicanos, (México v. Estados Unidos), ICJ (2004), §88. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 42. Essa prática também refletiu no princípio V dos Princípios e melhores práticas na proteção de pessoas privadas da liberdade nas Américas. Disponível em <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/principlesdeprived.asp>, acesso em 20/11/2016.

Carta Africana e na Convenção Europeia, citando-se em especial a Regra 93 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Recursos estabelece que: “para efeitos de defesa, o preso preventivo deverá ter a possibilidade de requerer a prestação de assistência jurídica gratuita, caso tal assistência esteja disponível, e de receber visitas do seu advogado com vista à sua defesa, bem como de preparar e transmitir-lhe instruções confidenciais. Para estes efeitos ser-lhe-á fornecido, se assim o desejar, material de escrita. As entrevistas entre o recluso e o seu advogado podem decorrer à vista, mas não em condições de serem ouvidas, por um funcionário da polícia ou do estabelecimento.”

Também o princípio 18 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, com o seguinte texto: “1. A pessoa detida ou presa tem o direito de comunicar com o seu advogado e de o consultar. 2. A pessoa detida ou presa deve dispor do tempo e dos meios necessários para consultar o seu advogado. 3. O direito da pessoa detida ou presa de ser visitada pelo seu advogado, de o consultar e de comunicar com ele, sem demora nem censura e em regime de absoluta confidencialidade, não pode ser objeto de suspensão ou restrição, salvo em circunstâncias excepcionais especificadas por lei ou por regulamentos adotados nos termos da lei, quando uma autoridade judiciária ou outra autoridade o considerem indispensável para manter a segurança e a boa ordem. 4. As entrevistas entre a pessoa detida ou presa e o seu advogado podem decorrer à vista, mas não em condições de serem ouvidas, por um funcionário responsável pela aplicação da lei. 5. As comunicações entre uma pessoa detida ou presa e o seu advogado mencionadas no presente princípio não podem ser admitidas como prova contra a pessoa detida ou presa salvo se estiverem relacionadas com uma infração contínua ou premeditada.” Também conforme o Princípio 15 do Conjunto de Princípios, “a comunicação da pessoa detida ou presa com o mundo exterior, e em particular com a sua família ou com o seu advogado, não pode ser negada por mais do que alguns dias”. O próprio Comitê dos Direitos do Homem declarou, no seu Comentário Geral n. 20 sobre o art. 7º, que “devem [...] ser adotadas medidas contra a detenção em regime de incomunicabilidade.”²¹³

A Regra 42 (A) (i) das Regras de Processo e Prova dos Tribunais Penais para a Ruanda e para ex-Iugoslávia garantem a assistência jurídica, inclusive gratuita para os que

²¹³ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 140, § 11.

não puderem arcar com essa despesa. Também a Regra 67 (A) das Regras de Detenção do Tribunal para a ex-Iugoslávia estabelece que “cada detido tem o direito de comunicar plenamente e sem restrições com o seu defensor, com a assistência de um intérprete se necessário” e, ainda, que “toda essa correspondência e comunicações serão confidenciais”. Por fim, a Regra 67 (D) destas Regras de Detenção estipula que as entrevistas “com o defensor e os intérpretes serão realizadas à vista do pessoal da unidade de detenção, mas sem a possibilidade de serem por ele ouvidas, direta ou indiretamente.” A Regra 65 das Regras de Detenção do Tribunal para a Ruanda consagra disposições parecidas.

Há violação do artigo 14, n. 3 quando o direito de acesso a assistência jurídica não está efetivamente disponível, pelo entendimento do Comitê dos Direitos do Homem,²¹⁴ observando que, num caso extremo sob uma ditadura, entendeu-se violada a garantia de pessoa que permaneceu dez meses de detenção sem a assistência jurídica.²¹⁵

Ao não permitir a comunicação com confiança com um advogado de sua própria escolha, entendeu-se que houve violação do art. 7º, n. 1, alínea c) da Carta Africana, na sua Resolução sobre o Direito ao Recurso e a Um Processo Justo, da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Este direito foi violado no caso *Media Rights Agenda*, instaurado em nome do Sr. Niran Malaolu, pois foi-lhe negado o acesso a um advogado, bem como a possibilidade de ser representado por um advogado da sua escolha.²¹⁶

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, observando a inexistência de regra expressa na Convenção Europeia sobre o direito da pessoa acusada de uma infração penal a comunicar-se com um defensor sem restrições, construiu tal direito valendo-se do artigo 93 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos adotadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa através da resolução (73) 5, que tem a seguinte redação: “Um preso preventivo terá o direito, logo que seja detido, a escolher o seu patrono judiciário, ou terá a possibilidade de requerer assistência jurídica gratuita, caso tal

²¹⁴ Cfr, entre muitos casos, a Comunicação N. R. 2/8, *B. Weismann Lanza and A. Lanza Perdomo v. Uruguai* (Parecer adotado em 3 de abril de 1980), in documento das Nações Unidas GAOR, A/35/40, p. 118, § 16; e Comunicação N. R.1/6, *M. A. Millán Sequeira v. Uruguai* (Parecer adotado em 29 de julho de 1980), p. 131, § 16.

²¹⁵ Comunicação N. R. 7/28, *I. Weinberger v. Uruguai* (Parecer adotado em 29 de outubro de 1980), in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 119, § 16.

²¹⁶ CADHP, *Media Rights Agenda (on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria*, Comunicação n. 224/98, decisão adotada durante a 28ª sessão, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, §§ 55-56 do texto da decisão conforme publicada em: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>.

assistência esteja disponível, e a receber visitas do seu advogado com vista à sua defesa, bem como a preparar e transmitir-lhe instruções confidenciais. A seu pedido, ser-lhe-ão concedidas todas as facilidades necessárias para este fim. Em particular, beneficiará da assistência gratuita de um intérprete para todos os contatos essenciais com a administração e para a sua defesa. As entrevistas entre o preso e o seu advogado poderão decorrer à vista, mas sem a possibilidade de serem ouvidas, direta ou indiretamente, por um funcionário da polícia ou instituição.”²¹⁷

Comunicar-se com o advogado de forma confidencial é um dos requisitos básicos de um processo justo numa sociedade democrática, na conformidade com o art. 6º, n. 3, alínea c) da Convenção. “Se um advogado não tivesse a possibilidade de consultar seu cliente e de receber dele instruções confidenciais sem tal vigilância, a sua assistência perderia muito da sua utilidade, quando a Convenção se destina a garantir direitos que sejam práticos e efetivos.”²¹⁸

No caso Murray, foi recusado ao requerente o acesso a um advogado nas primeiras 48 horas da detenção sob a alegação de terrorismo, durante este prazo, o seu silêncio poderia ser interpretado em seu desfavor, conforme a legislação da Irlanda do Norte (Secção 15 da Lei da Irlanda do Norte de 1987). O Tribunal Europeu considerou que o regime imposto por esta legislação “é de tal que se torna fundamental para os direitos da defesa que o arguido tenha acesso a um advogado nas fases iniciais de interrogatório policial. Observa (...) que, nos termos do Decreto, no início do interrogatório policial o arguido é confrontado com um dilema fundamental relativamente à sua defesa. Se optar por não prestar declarações, podem ser feitas inferências negativas contra a sua pessoa em conformidade com o previsto no Decreto. Por outro lado, se o arguido optar por romper o silêncio no decurso do interrogatório, corre o risco de prejudicar a sua defesa sem afastar necessariamente a possibilidade de inferências desfavoráveis”. O Tribunal concluiu que, “nestas condições, o conceito de equidade consagrado no art. 6º exige que o arguido beneficie da assistência de um advogado logo nas fases iniciais de interrogatório policial”, e que “a negação de acesso a um advogado durante as primeiras 48 horas de interrogatório policial, numa situação em que os direitos de defesa podem bem ficar irremediavelmente

²¹⁷ TEDH, Caso S. c. Suíça, sentença de 28 de novembro de 1991, Série A, N. 220, p. 15, § 48.

²¹⁸ TEDH, Caso S. c. Suíça, sentença de 28 de novembro de 1991, Série A, N. 220, p. 16, § 48.

prejudicados, é – qualquer que seja a justificação para tal negação – incompatível com os direitos do arguido previstos no art. 6º.”²¹⁹

A jurisprudência do Comitê dos Direitos do Homem sobre o direito de acesso a um advogado (art. 14 do Pacto) tem garantido referido acesso em todas as fases do julgamento, inclusive na investigação. No caso Murray, o Tribunal Europeu explicou-se nos seguintes termos: “63. A legislação nacional pode retirar consequências da atitude de um acusado nas fases iniciais do interrogatório policial que são decisivas para as perspectivas de defesa em quaisquer procedimentos penais ulteriores. Em tais circunstâncias, o artigo 6º exige normalmente que o arguido possa se beneficiar da assistência de um advogado logo nas fases iniciais do interrogatório policial. Contudo, este direito, que não se encontra expressamente previsto na Convenção, pode ser sujeito à restrições com justa causa. Há que determinar, em cada caso, se a restrição, à luz de todo o processo, privou ou não o acusado de um julgamento justo.”²²⁰

Assim, “após a privação da liberdade, a pessoa tem direito de acesso sem demora a um advogado e de poder reunir com o advogado em privado. O pronto acesso a um advogado na fase inicial do inquérito pode ser fundamental para evitar prejuízos duradouros nos direitos de defesa.”²²¹ O acesso ao advogado deve ser imediato, ainda que se discuta a prisão de acusados de terrorismo²²². O termo imediato tem sido interpretado para não admitir regras que atrasem em 24 horas ou 48 horas o acesso ao profissional, como é caso legislação do Camboja e da Irlanda do Norte.

²¹⁹ TEDH, Caso John Murray c. Reino Unido, sentença de 8 de fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-I, p. 54.

²²⁰ TEDH, Caso John Murray c. Reino Unido, sentença de 8 de fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-I, pp. 54-55, § 63.

²²¹ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 190.

²²² Sobre o caso de terrorismo, ver HRC Observações Conclusivas: Reino Unido, UN. Doc. CCPR/C/GBR/CO/6 (2008), §19. Sobre o Camboja, ver CAT Observações Conclusivas: Camboja, UN. Doc. CAT/C/KHM/CO/2 (2010), §14; caso semelhante ocorre com a Turquia, ver CAT Observações Conclusivas: Turquia, UN. Doc. CAT/C/TUR/CO/3, (2010), §11. Sobre a Irlanda do Norte, ver Magee v. Reino Unido (28135/95), Tribunal Europeu (2000), §§42-46. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 43-46.

4.1.1.7 Direito de não se autoincriminar – direito ao silêncio

O direito de não se autoincriminar, de preocupação especial nas fases de investigação, está previsto no artigo 14, n. 3, alínea g) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que garante o direito de toda a pessoa “a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”. O art. 8º, n. 2, alínea g) da Convenção Americana consagra o direito de toda a pessoa “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, norma que é reforçada pelo disposto no artigo 8º, n. 3, de acordo com o qual “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.” A Carta Africana e a Convenção Europeia não contém previsão de idêntico direito.

No Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o direito de não ser obrigado a incriminar-se a si próprio nem a confessar-se culpado está também consagrado no art. 55, n. 1, alínea a) e nos artigos 20, n. 4, alínea g) e 21, n. 4, alínea g) dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a Ruanda e para ex-Iugoslávia, respectivamente.²²³

Entendeu-se violado o art. 14, n. 3, alínea g) do Pacto num caso em que o autor foi “forçado através de tortura a confessar-se culpado”, após ter sido mantida em regime de incomunicabilidade por três meses, sujeita a maus tratos extremos e obrigada a assinar uma confissão.²²⁴

Os principais tratados de direitos humanos não fazem referência ao direito de silêncio que decorre do direito a não ser obrigado a se autoincriminar, tanto na fase do inquérito quanto na fase do julgamento em si.²²⁵ Para além disso, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem declarou inequivocamente que: “não pode haver dúvidas de que o direito de guardar silêncio durante o interrogatório policial e a imunidade contra a auto-incriminação constituem normas internacionais geralmente reconhecidas que estão no

²²³ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 191.

²²⁴ Comunicação n. 139/1983, H. Conteris v. Uruguay (Parecer adotado em 17 de julho de 1985), in documento das Nações Unidas GAOR, A/40/40, p. 202, § 10 lido em conjunto com p. 201, § 9.2. Para um outro caso de autoincriminação forçada, vide a Comunicação n. 159/1983, R. Cariboni v. Uruguay (Parecer adotado em 27 de outubro de 1987), in documento das Nações Unidas GAOR, A/43/40, § 10, p. 190.

²²⁵ Não é expressamente previsto no ICCPR e na Convenção Europeia, por outro lado, há previsões nos principais estatutos dos tribunais criminais.

cerne da noção de um processo equitativo consagrada no art. 6º. (...) conferindo ao acusado proteção contra pressões indevidas por parte das autoridades, estas imunidades contribuem para prevenir erros judiciários e para garantir os fins do art. 6º.”²²⁶

O Tribunal Europeu, sobre o silêncio do acusado de terrorismo e no sentido de suas repercussões, entendeu que “as normas internacionais estabelecidas nesta área, embora prevejam o direito ao silêncio e a imunidade contra a autoincriminação, são omissas neste ponto. Isto significa ainda que a questão de saber se “... as inferências negativas a partir do silêncio do arguido violam ou não o art. 6º é uma questão que deve ser determinada à luz de todas as circunstâncias do caso, tendo particularmente em conta as situações em que podem ser feitas inferências, a importância que lhes é atribuída pelos tribunais nacionais na sua apreciação da prova e o grau de pressão inerente à situação”.²²⁷ Entende-se que esta disposição não quer dizer que o silêncio possa ter um peso por si só em desfavor do réu, mas que no silêncio, outras provas devem ser sopesadas para a condenação. Em outras palavras, como qualquer direito, o direito ao silêncio não é absoluto.²²⁸

O Comitê de Direitos Humanos determinou que qualquer acusado criminalmente deve ser informado do direito de permanecer em silêncio durante o interrogatório policial, de acordo com o artigo 14, parágrafo 3(g) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.²²⁹ Também o Tribunal Europeu considerou violado o direito ao silêncio pela introdução de informante na cela do prisioneiro com o objetivo de relatar uma confissão feita nestas circunstâncias.²³⁰

²²⁶ TEDH, Caso John Murray c. Reino Unido, sentença de 8 de fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-I, p. 49, § 45.

²²⁷ TEDH, Caso John Murray c. Reino Unido, sentença de 8 de fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-I, pp. 49-50, § 47.

²²⁸ Ver O'Halloran e Francis v. Reino Unido (15809/02), (2007), §§43-63.

²²⁹ Observações conclusivas do Comitê de Direitos Humanos: França, UN Doc. CCPR/C/FRA/CO/4 (2008), §14. Disponível em www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.FRA.CO.4NEW.doc. Acesso em 19/11/2016.

²³⁰ Ver Allan v. Reino Unido (48539/99), Tribunal Europeu (2002), §§50-53. Disponível em https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/DP%202013%20Case%20Law_Eng_FI_NAL.pdf. Acesso em 19/11/2016.

4.1.1.8 Dever de documentação – registro dos interrogatórios

Não há como se avaliar a ocorrência de tratamento desumano, cruel ou de qualquer desconformidade na fase preliminar de investigação se não houver e forem mantidos registros do interrogatório que poderão ser utilizados posteriormente em processos judiciais. Assim, o registro do interrogatório é importante instrumento de verificação e garantia dos direitos decorrentes do processo justo. Sobre esta questão, o Comitê dos Direitos do Homem declarou no seu Comentário Geral n. 20, sobre o art. 7º do Pacto Internacional, que “a data, hora e local de todos os interrogatórios deve ficar registrada, juntamente com os nomes de todas as pessoas presentes e esta informação deverá também ficar disponível para efeitos de procedimentos judiciais ou administrativos.”²³¹ O Princípio 23 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão traz a questão do registro: “1. A duração de qualquer interrogatório a que seja sujeita a pessoa detida ou presa e dos intervalos entre os interrogatórios, bem como a identidade dos funcionários que os conduziram e de outros indivíduos presentes, deverão ser registradas e autenticadas nos termos prescritos pela lei. 2. A pessoa detida ou presa, ou o seu advogado quando previsto por lei, deverá ter acesso às informações mencionadas no n. 1 do presente princípio.”

A Regra 43 das Regras de Processo e Prova dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e ex-Iugoslávia estabelece que os interrogatórios dos suspeitos “serão gravados em suporte áudio ou vídeo”, em conformidade com um procedimento especial nela enunciado. Ao suspeito será entregue uma cópia da transcrição da gravação – Regra 43 (iv).

A preocupação com as gravações tem se intensificado como garantia de que o detido não sofreu tortura e que os agentes também não teriam cometido abusos. Tal

²³¹ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 140, § 11.

preocupação é perceptível na recomendação para excluir as provas colhidas em depoimento não documentado do processo criminal.²³²

4.1.1.9 Direito ao tempo e meios adequados para o preparo da defesa

O art. 14, n. 3, alínea b) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos estabelece que toda a pessoa tem direito, diante de qualquer acusação penal contra si apresentada, “a dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da defesa e a comunicar com um advogado de sua escolha”. O art. 8º, n. 2, alínea c) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos garante a concessão ao arguido “do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa”, enquanto que o art. 6º, n. 3, alínea b) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem fala “do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa”. O art. 7º, n. 1, alínea c) da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos garante, em termos gerais, “o direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua escolha”. Os artigos 20 e 21, respectivamente, dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para ex-Iugoslávia são francamente inspirados no art. 14 do Pacto Internacional e ambos estabelecem que o acusado terá direito a “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a contatar com o defensor de sua escolha”, conforme arts. 20, n. 4, alínea b) e 21, n. 4, alínea b).

No Comentário Geral N. 13, sobre o artigo 14 do Pacto, o Comitê explicou que as tais facilidades referem-se ao acesso aos documentos e a outros elementos de prova necessários para o preparo da defesa, bem como a oportunidade para recorrer a um advogado caso não faça pessoalmente a sua defesa.²³³ Para que o preparo da defesa seja

²³² Relatório Especial sobre tortura, UN. Doc. A/56/156 (2001), §39(f). A necessidade da gravação inclui qualquer agente do Estado, ainda que o questionamento sobre práticas criminais tenha ocorrido em outro país. Ver Relatório especial sobre Direitos Humanos e contra-terrorismo, UN. Doc. A/HRC/14/46 (2010), Prática 29 e §4; Observações conclusivas: Estados Unidos, UN. Doc. CAT/C/USA/CO/2 (2006), §16. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 84-85.

²³³ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 124, § 9.

efetivo, o acusado deve ter a oportunidade de comunicar-se confidencialmente com seu advogado e se houver motivos para entender que o tempo disponível é insuficiente, deve pedir formalmente a prorrogação ou adiamento do ato processual. Caso não haja pedido de adiamento e nem justificação suficiente, não será considerado violado o art. 14, n. 3, alínea b).²³⁴

Há especial preocupação com os casos de pena de morte, pois o Comitê tem salientado que “em casos em que possa vir a ser pronunciada uma sentença de morte, é vital que ao arguido e seu defensor seja concedido o tempo necessário para se prepararem para o julgamento” e que “esta exigência se aplica a todas as fases do processo judicial”. Contudo, “a determinação do que constitui tempo necessário supõe a avaliação das circunstâncias concretas de cada caso” e o pedido de adiamento é fundamental, ainda que à defesa tenham restados menos de um dia para preparar a defesa e que o resultado foi a condenação e a execução de pena de morte.²³⁵

Considerou-se violado o artigo 14, n. 3, alínea b) no caso Smith, em que o requerente alegou que só pode consultar o seu advogado no dia do julgamento, impedindo-lhe de arrolar as testemunhas de defesa, numa acusação sancionada com a pena de morte. O Comitê concluiu que o tempo foi “insuficiente para preparar adequadamente a defesa num caso de pena de morte” e existia ainda “a indicação que testemunhas deviam ser convocadas”. Consequentemente, tais fatos constituíram uma violação do art. 14, n. 3, alínea b) do Pacto.²³⁶ O art. 14, n. 3, alínea b) foi também violado no caso Marais, pois o requerente pôde se comunicar somente dois dias no decorrer do próprio julgamento, pois não conseguiu contato com o seu cliente, detido em regime de incomunicabilidade.²³⁷ Violaram-se os artigos 14, n. 3, alínea b) e o artigo 14, n. 3, alínea d) no caso Yasseen e Thomas, em que Yasseen não contou com patrocínio jurídico nos primeiros quatro dias de julgamento, tendo-se sido imposta, em seguida, a pena de morte.²³⁸

²³⁴ Comunicação n. 528/1993, M. Steadman v. Jamaica (Parecer adotado em 2 de abril de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 26, § 10.2.

²³⁵ Comunicação n. 349/1989, C. Wright v. Jamaica (Parecer adotado em 27 de julho de 1992), in documento das Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 315, § 8.4.

²³⁶ Comunicação n. 282/1988, L. Smith v. Jamaica (Parecer adotado em 31 de março de 1993), in documento das Nações Unidas A/48/40 (vol. II), p. 35, § 10.4.

²³⁷ Comunicação n. 49/1979, D. Marais, Jr. v. Madagascar (Parecer adotado em 24 de março de 1983), in documento das Nações Unidas GAOR, A/38/40, p. 148, § 17.3 e p. 149, § 19.

²³⁸ Comunicação n. 676/1996, A. S. Yasseen and N. Thomas v. Guyana (Parecer adotado em 30 de março de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 161, § 7.8.

Considerou-se violadas tais disposições em diversos casos instaurados contra o Uruguai na década de 70 e início de 80, pois os casos tinham em comum o fato dos autores terem sido detidos e presos por suspeita de envolvimento em atividades subversivas ou terroristas, tendo sido mantidos em regime de incomunicabilidade por longos períodos, em que se sujeitaram a tortura ou outros maus tratos e subsequentemente julgados e condenados por tribunais militares.²³⁹ Considerou-se o art. 14, n. 3, alínea b) violado no caso Wright em que o autor foi “mantido em regime de incomunicabilidade sem acesso a advogado” por um período de dez meses “enquanto as acusações penais dirigidas contra si estavam sendo investigadas e determinadas”.²⁴⁰ No caso Peñarrieta et al., o Comitê concluiu também pela violação do artigo 14, n. 3, alínea b) porque os autores não tiveram acesso a advogado “durante os 44 primeiros dias de detenção”, isto é, enquanto estiveram detidos em regime de incomunicabilidade após a captura.²⁴¹ Há recomendação do Comitê dos Direitos Humanos contra as detenções em regime de incomunicabilidade.²⁴²

Quanto ao acesso aos documentos pelo acusado ou seu advogado, o Comitê observou que o art. 14, n. 3, alínea b) “não prevê expressamente o direito da pessoa acusada a que lhe sejam fornecidas cópias de todos os documentos pertinentes de uma investigação penal, mas estabelece que a pessoa tem direito a dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da defesa e a comunicar com um advogado da sua escolha”. Não se considerou violação no caso em que o interessado dispôs de dois meses para acesso e análise aos documentos, porém preferiu solicitar que lhe fosse enviadas as cópias de todos os documentos.²⁴³ O Comitê também considerou que “o direito a um processo justo não implica que o arguido que não compreenda a língua utilizada pelo Tribunal tenha o direito a que lhe seja fornecida a tradução de todos os documentos pertinentes de um inquérito penal, desde que os documentos pertinentes sejam postos à

²³⁹ *Cfr.*, v.g., Comunicação n. R. 13/56, L. Celiberti de Casariego v. Uruguai (Parecer adotado em 29 de julho de 1981), in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 188, § 11; Comunicação n. 43/79, A. D. Caldas v. Uruguai (Parecer adotado em 21 de julho de 1983), in documento das Nações Unidas GAOR, A/38/40, p. 196, § 14; e Comunicação n. R. 17/70, M. Cubas Simones v. Uruguai (Parecer adotado em 1 de abril de 1982), in documento das Nações Unidas GAOR A/37/40, pp. 171-178, § 2.

²⁴⁰ Comunicação n. 115/1982, J. Wight v. Madagascar (Parecer adotado em 1 de abril de 1985), in documento das Nações Unidas GAOR, A/40/40, p. 178, § 17.

²⁴¹ Comunicação n. 176/1984, L. Peñarrieta et al. v. Bolívia (Parecer adotado em 2 de novembro de 1987), in documento das Nações Unidas GAOR, A/43/40, p. 207, § 16.

²⁴² Comentário Geral n. 20, sobre o artigo 7º, Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 140, § 11.

²⁴³ Comunicação n. 158/1983, O. F. v. Norway (decisão adotada em 26 de outubro de 1984), in documento das Nações Unidas GAOR, A/40/40, p. 211, § 5.5.

disposição de seu advogado”.²⁴⁴ Não se considerou violado o Pacto no caso do advogado ter conhecimento da língua em que os documentos e processo foram escritos e não ter pedido qualquer adiamento alegando tempo insuficiente para o preparo da defesa.²⁴⁵

Considerou-se violado o art. 8º, n. 2, alínea c) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no caso *Castillo Petruzzi et al.* na medida em que “as condições em que os advogados de defesa tiveram de trabalhar eram globalmente inadequadas para uma defesa conveniente, dado não terem tido acesso ao processo até a véspera do dia em que foi proferida a sentença em primeira instância”. No parecer do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, “a consequência foi que a presença e participação dos advogados de defesa constituíram meras formalidades” e, por conseguinte, dificilmente se podia dizer que “as vítimas tiveram meios de defesa adequados”.²⁴⁶

Quando se diz meios e tempo necessários para o preparo da defesa, apesar de não existir um padrão, compreende-se como tempo para ler e escrever com razoável grau de concentração o que é prejudicado com as traslados longos e cansativos para o tribunal num transporte da prisão, audiência que dure mais do que 17 horas e tempo limitado para a defesa consultar os arquivos e fazer suas próprias anotações.²⁴⁷ Indo além, o tempo necessário inclui o direito do acusado em obter opinião jurídica de relevante e independente jurista no curso da apresentação da defesa.²⁴⁸

²⁴⁴ Comunicação n. 526/1993, *M. and B. Hill v. Espanha* (Parecer adotado em 2 de abril de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 18, § 14.1.

²⁴⁵ Comunicação n. 451/1991, *B. S. Harvard v. Noruega* (Parecer adotado em 15 de julho de 1994), in documento das Nações Unidas GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 154, § 9.5.

²⁴⁶ TIADH, *Caso Castillo Petruzzi et al. c. Peru*, sentença de 30 de maio de 1999. Série C, N. 52, p. 202, § 141.

²⁴⁷ Ver Corte Europeia: *Moiseyev v. Rússia* (62936/00), (2008) §§221-224; *Mayzit v. Rússia* (63378/00), (2005), §81; *Barberà, Messeguè e Jabardo v. Espanha* (10590/83), (1988), §89; *Makhfi v. França* (59335/00), (2004), §§20-42. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 74-75.

²⁴⁸ Ver *G. B. v. França* (44069/98), Corte Europeia (2001), §§56-70.

4.1.2 Paradigmas do processo justo em juízo - Direitos Humanos aplicados na administração da justiça

As principais disposições jurídicas relativas ao direito a um julgamento justo podem ser encontradas no art. 14 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no art. 7º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Muitos dos direitos já enumerados nos itens anteriores (direitos na fase de investigação) são igualmente válidas no processo em juízo, por isso nem sempre repetidas adiante, a não ser que haja alguma particularidade digna de nota.

4.1.2.1 Direito a ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial estabelecido por lei

A base legislativa para o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial de ampla aplicação, encontra-se previsto: *(i)* no artigo 14, n. 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que estabelece que “todas as pessoas têm o direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil”; *(ii)* no artigo 7º, n. 1, da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, apesar de referir-se apenas a um tribunal “competente” – art. 7º, n. 1, alínea b) – ou “imparcial” – art. 7º, n. 1, alínea d) –, o art. 26 da Carta impõe também aos Estados Partes o dever jurídico “de garantir a independência dos Tribunais”; *(iii)* no art. 8º, n. 1, da Convenção Americana, em que menciona um “tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei”; *(iv)*

no art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao mencionar um “tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei” e (v) o art. 40 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional ao estabelecer que “os juízes são independentes no desempenho das suas funções” e que “não desenvolverão qualquer atividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência”.

O direito a ser julgado por um tribunal imparcial e independente, estabelecido pela lei é um direito absoluto, não sujeito à exceções, sendo também um princípio costumeiro de Direito Internacional, obrigando os estados que assinam os tratados internacionais bem como aos que não assinam, e é válido em tempos de paz, de conflito armado e de emergência.²⁴⁹

O Estados devem proporcionar recursos financeiros e humanos para que os tribunais sejam, na prática, efetivos, competentes, imparciais e independentes em cada país, sendo que o contrário disso faz com que qualquer condenação criminal seja incompatível com o artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; valendo para todos os tipos de organismos que fazem o julgamento, desde que reconhecidos pelo direito interno (inclui tribunais militares, costumeiros, religiosos, etc); os *standards* internacionais conferem a garantia de um processo justo, haja julgamento por júri ou não.²⁵⁰ É requisito de um julgamento justo, proferido por um tribunal imparcial, independente e competente que “não somente a justiça precisa ser feita, mas precisa ser vista como feita.” Se houver dúvidas sobre a imparcialidade, independência ou incompetência, estas devem ser respondidas de uma forma objetiva.²⁵¹

Viola a garantia quando os juízes que compõe um tribunal já excederam o limite de dias em que deveriam trabalhar (aposentadoria compulsória) e ainda participam de um julgamento quando não há justificativa legal para tanto.²⁵² Viola também o deslocamento de competência de casos que seriam julgados pelos tribunais ordinários para os militares, estabelecidos para este especial fim e portanto não utilizando os procedimentos

²⁴⁹ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 108.

²⁵⁰ Ver *Wilson v. Austrália*, HRC, UN. Doc. CCPR/C/80/D/1239/2004 (2004), §4.4; *Taxquet v. Bélgica* (926/05), Corte Europeia Grand Chamber (2010), §§83-48. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 109.

²⁵¹ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 109.

²⁵² Ver *Posoknov v. Rússia* (63486/00), Corte Europeia (2003), §§37-42.

devidamente estabelecidos previamente.²⁵³ A independência do Judiciário tem sido um ponto fundamental para o processo justo e, para tanto, os membros do judiciário não podem sofrer nenhum tipo de pressão externa de outras áreas do governo ou de qualquer outro poder²⁵⁴, para isso, precisam de garantias para o exercício de sua profissão, como a garantia de salários e garantia funcional contra desligamentos, sendo recomendável que sejam escolhidos pela sua integridade e experiência jurídica.²⁵⁵

Relata-se que qualquer tentativa de supressão ou limitação na jurisdição é preocupação séria pois pode ser causa de outras violações em direitos humanos, justamente por desestruturar o papel do Judiciário diante do processo justo e, por isso, é combatida.²⁵⁶

Falhas nas ações que os juízes podem tomar diante de casos de violações de Direitos Humanos e baixa taxa de absolvições podem indicar falta de independência do judiciário.²⁵⁷

A separação de poderes e não influência de outras áreas do governo é um fator importante para a independência do judiciário, assim é que se recomenda que o órgão que determina a admissão e faz também o controle disciplinar deva ser composto por pessoas que não tenham relação com os cargos administrativos do governo (executivo) e que, na sua composição, seja preservados o equilíbrio e a pluralidade, mas que a maioria seja de juízes e que os critérios de promoção sejam baseados em critérios objetivos, particularmente habilidade, experiência e integridade. Há preocupações com juízes escolhidos por meio de eleições e não pelos seus méritos, como ocorre em alguns estados dos Estados Unidos da América. Neste último caso, o compromisso eleitoral pode impedir

²⁵³ Ver Castillo Petruzzi et al. v. Peru, Corte Interamericana (1999) §§119, 128-129; Opinião WGAD 39/2005 (Camboja), UN Doc. A/HRC/4/40/Add.1 (2005), §§21-24. Ver também Princípios básicos da independência do judiciário (1985), disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>, acesso em 21/11/2016; Os princípios de Bangalore sobre a conduta judicial (2002), disponível em http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf, acesso em 21/11/2016 e Princípios e orientações sobre o direito a um processo justo e assistência jurídica na África (2003), disponível em <http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/>, acesso em 21/11/2016.

²⁵⁴ O Judiciário não pode sofrer interferências seja de autoridades ou de qualquer outra pessoa. Ver Apitz Barbera et al. v. Venezuela, Corte Interamericana (2008), §55.

²⁵⁵ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 110.

²⁵⁶ Ver Civil Liberties Organisation v. Nigeria (129/94), Comissão Africana (2005), §§53-58.

²⁵⁷ Ver HRC Observações conclusivas, Brasil, UN Doc. CCPR/C/BRA/CO/2 (2005), §7, Federação Russa, UN Doc. CCPR/C/RUS/CO/6 (2009), §21; CAT observações conclusivas: Guatemala, UN Doc. A/56/44 (2000), §72(b); Relatório especial sobre direitos humanos e contra-terrorismo: Tunisia, UN Doc. A/HRC/16/51/Add 2 (2010), §34. Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 112.

a independência em questões como a pena de morte e também pode surgir um componente indesejado que é a politização. A escolha de juizes deve também prever a participação de mulheres e outras minorias, não sendo aceitável qualquer discriminação a não ser a de exigir, por lei, que o juiz seja nacional do país em que atuará.²⁵⁸ A distribuição de casos e as situações em que mais de um tribunal tenha jurisdição sobre um mesmo caso devem ser resolvidos por critérios objetivos estabelecidos pela lei.²⁵⁹

Várias são as preocupações quanto à competência, imparcialidade e independência do judiciário, pois a doutrina entende que o traço distintivo para o processo justo, além e atender à legalidade – o devido processo legal em seu sentido processual, formal – deve ser conduzida por autoridade imparcial na sua mais ampla acepção.²⁶⁰

Os juizes ou julgadores, nos casos criminais, não podem ser tendenciosos ou vistos como tendenciosos, num raro caso em que aparência e realidade são considerados e se somam.²⁶¹ A independência e imparcialidade necessitam de um critério objetivo para a distribuição dos casos²⁶², isso quer dizer que os critérios subjetivos ou aqueles determinados com o caso já posto diante do tribunal não são aceitos como critérios apropriados.

Não há uma regra específica para análise desta imparcialidade, pois muitas vezes depende de regras nacionais, porém pode-se indicar uma ampla gama de situações observadas nos mais diversos julgados: (a) nem juizes e nem jurados podem externar opiniões pré-formadas sobre determinado caso; (b) não devem ter agido anteriormente para promover os interesses de nenhuma das partes; (c) não podem discriminar pessoas, minorias, mulheres; (d) não devem decidir com conhecimento pessoal sobre o caso ou ter

²⁵⁸ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 113-114.

²⁵⁹ Ver Relatório especial sobre a independência de juizes e advogados, UN Doc. A/HRC/11/41 (2009) §46, A/HRC/11/41/Add 2 (Russia) (2009), §61; CERD observações conclusivas: Cazaquistão, UN Doc. CERD/C/65/CO/3 (2004), §18.

²⁶⁰ VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. Imparcialidad del juez y medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, *passim*.

²⁶¹ HRC: Karttunen v. Finland, UN Doc. CCPR/C/46/D/387/1989 (1992) §7.2-7.3; Collins v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/43/D/240/1987 (1991) §8.4; European Court: Piersack v. Bélgica (8692/79), (1982) §30; Kyprianou v. Chipre, (73797/01), Pleno (2005), §§118-121. HRC Comentário Geral 32, §21; European Court: Piersack v. Bélgica (8692/79), (1982), §§30-32, Sander v. Reino Unido (34129/96), (2000), §22, Galstyan v. Armenia (26986/03), European Court (2007), §79; Apitz Barbera et al. v. Venezuela, Corte Interamericana (2008), §56; Promotora v. Anto Furundžija (IT-95-17/1-A), Câmara de Apelação do ICTY (Julho 2000), §§189-190. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 114-115.

²⁶² Ver CERD Observações conclusivas: Cazaquistão, UN Doc. CERD/C/65/CO/3 (2004), §18.

sido advogado ou testemunha neles; (e) ter algum interesse no caso que possa torna-lo tendencioso; (f) militares são recomendados a se afastarem de servir nos juris para preservar a independência; (g) julgar limitadamente sobre fatos demonstrados por provas; (h) nenhuma interferência pode ser detectada, como restrições, pressão, ameaças ou incentivos. Os julgadores e jurados devem se declarar desqualificados para julgar quando ocorrer qualquer situação que lhes prejudique a imparcialidade e, o acusado deve ter à sua disposição meios para recorrer e afastar o julgador que não atender ao requisito de ser e parecer ser imparcial, pois “não se está colocando a retidão do juiz em julgamento, mas construindo a credibilidade e confiança no sistema judicial.”²⁶³

Se a opinião de algum jurado for tornada pública, antes do julgamento, e que possa indicar sua orientação discriminatória, o jurado também deve ser afastado por parcialidade, como ocorreu no caso em que um jurado manifestou publicamente suas observações racistas e depois teria sido convocado e aceito para julgar um estrangeiro.²⁶⁴ O juiz que participa dos procedimentos iniciais, decidindo sobre a manutenção do preso em custódia e depois também participa no julgamento e sentencia que há prova *prima facie* contra o acusado para condená-lo, viola a imparcialidade.²⁶⁵ Interessante situação ocorreu com o caso dos *juízes sem face*, já que nos julgamentos em que participariam, suas identidades seriam mantidas secretas e, portanto, impediriam que os acusados sequer soubessem se haveria alguma dúvida sobre a parcialidade, violando a aparência de imparcialidade e desconsiderando-se se seriam ou não imparciais.²⁶⁶ Muitos outros casos já foram decididos

²⁶³ Corte Interamericana: *Aptiz Barbera et al v. Venezuela*, (2008), §§ 63-67. Sobre a questão de militares, a Comissão Africana entendeu que um tribunal especial composto de um juiz e quatro membros das forças armadas viola o artigo 7(1)(d) da Carta Africana justamente porque sua composição cria a aparência, se não a real, falta de imparcialidade. Ver *The Constitutional Rights Project (in respect of Zamani Lakwot and 6 Others) v. Nigeria* (87/93), African Commission (1994-5), §14. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 116.

²⁶⁴ Ver *Remli v. França* (16839/90), Corte Europeia (1996), §§46-48; *Sander v. Reino Unido* (34129/96), (2000), §34; *Gregory v. Reino Unido* (34129/96), (1997), §§45-48; *Andrews v. EEUU*, (11.139), Relatório da Corte Interamericana, 57/96 (1996), §§147-187. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 116.

²⁶⁵ Trata-se da imparcialidade que é assegurada quando o julgador não participou de nenhuma forma anteriormente no mesmo caso, pois a situação apontada é daquelas em que o julgamento tem fases e juizes distintos, o que decide as questões de prisão preventiva, cautelar ou sobre a investigação antes do julgamento e o juiz que preside o julgamento na corte. Ver *Nortier v. Holanda* (13924/88), (1993), §§31-35; *Saraiva de Carvalho v. Portugal* (15651/89), (1994), §§30-40. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 116.

²⁶⁶ Ver *Castillo Petruzzi et al v. Peru*, Corte Interamericana (1999), §§132-134. Ver também Relatório da Comissão Interamericana sobre Terrorismo e Direitos Humanos, (2002), Seção D, §233; *HRC: Carranza v. Peru*, UN Doc. CCPR/C/85/D/1126/2002 (2005), §§6.3, 7.5; *Becerra v. Colombia*, UN Doc. CCPR/C/87/D/1298/2004 (2006), §§5.2, 7.2; *Observações Conclusivas: Tunisia*, UN Doc.

pela Corte Europeia que leva em consideração a atividade do julgador anterior e em relação aos mesmos fatos, no sentido de que, em sua atividade anterior relacionada com o caso, pudesse ter alguma pré-conclusão, baseada nos seus conhecimentos e atividade que, no julgamento na corte, pudesse influenciar o resultado da sentença a ponto de prescindir de uma análise objetiva sobre as provas apresentadas.²⁶⁷

As formas de testar a imparcialidade podem ser resumidas em duas. A primeira é um teste objetivo que examina se o julgador oferece garantias suficientes para excluir qualquer legítima dúvida sobre sua imparcialidade. A outra é subjetiva e examina suas tendências pessoais, sendo que a aparência de imparcialidade é analisada conjuntamente com a real imparcialidade. Observa-se que os julgadores são presumivelmente imparciais e que são os que a apontam que devem provar, normalmente por meios disponíveis nas leis locais. De toda a forma, a opinião do acusado é importante quando aponta a parcialidade, porém não é definitiva, principalmente se as dúvidas levantadas podem ser objetivamente justificadas.²⁶⁸

4.1.2.2 Direito de acesso à Justiça

Quanto ao direito de acesso à justiça, aqui compreendido como acesso aos tribunais, o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens entendeu violado o artigo 6º, n. 1, eis que esta disposição “garante a todas as pessoas o direito a que qualquer pretensão relativa aos seus direitos e obrigações civis seja submetida à apreciação de um tribunal”, num caso em que se negou a um preso a possibilidade de consultar um advogado para ingressar com ação de responsabilidade civil por difamação contra um guarda prisional.²⁶⁹

CCPR/C/TUN/CO/5/ (2008), §15. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 116.

²⁶⁷ São citados casos em que (a) o juiz de investigação que interrogou o acusado foi apontado como juiz do julgamento da causa; (b) o juiz estendeu a prisão do acusado e depois presidiu o julgamento, confirmando a condenação dada pelo júri; (c) quando o juiz criminal de um caso de difamação foi o juiz cível da mesma questão e (d) quando um membro do júri trabalhou com o policial que serviu como testemunha no processo. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 117.

²⁶⁸ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 115-116.

²⁶⁹ TEDH, Caso Golder c. Reino Unido, sentença de 21 de fevereiro de 1975, Série A, N. 18, pp. 18-20.

Em outro caso semelhante, a autorização foi concedida, porém com atraso, num caso de autorização para aconselhamento jurídico externo em razão de reparação por acidente ocorrido no presídio.²⁷⁰ O Tribunal decidiu que “por razões probatórias e outras, o rápido acesso a aconselhamento jurídico é importante nos casos de ofensas corporais” e que “os obstáculos, mesmo que de natureza temporária, podem violar a Convenção”.²⁷¹

Para efeito de nota, existem também outras situações em que há equiparação, para efeitos do processo justo, com a acusação em matéria penal. É o caso de multas administrativas. Isso mostra a utilidade de se entender o conceito de um processo justo, partindo-se do paradigma criminal, mas também refletindo em toda espécie de processo. Por isso, cita-se um julgado em que o autor não conseguiu revogação da multa por excesso de velocidade porque o (a) o Tribunal Administrativo não podia revogar a multa por questões de fato e de direito e (b) o Tribunal Constitucional nada fez porque só poderia se pronunciar sobre questões de direito e não de fato. No entendimento do Tribunal Europeu, o Tribunal Constitucional não satisfez as condições do art. 6º, n. 1 e o Tribunal Administrativo, incapaz de revogar o ato, não poderia ser considerado um tribunal.²⁷²

Há outra forma de entender o direito ao acesso à justiça no processo penal e esta forma refere-se ao *direito de ser trazido prontamente diante de um juiz*, nos casos de prisão preventiva ou cautelar. Assim, todas as formas de prisão devem ser ordenadas e sujeitas ao efetivo controle de uma autoridade judicial, pois somente assim se garante o direito à liberdade e a presunção de inocência, prevenindo violações pela tortura ou tratamento degradante, detenções arbitrárias e desaparecimentos forçados. É importante que o detido não esteja sujeito exclusivamente às autoridades que procederam à detenção.²⁷³

Ao ser apresentado ao juiz, o motivo da audiência deve se referir à prisão e não para outras finalidades, como já se julgou indevida a audiência para declarações

²⁷⁰ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 115.

²⁷¹ TEDH, Caso Campbell e Fell, sentença de 28 de junho de 1984, Série A, N. 80, p. 46.

²⁷² TEDH, Caso Palaoro c. Áustria, sentença de 23 de outubro de 1995, Série A, N. 329-B, p. 40.

²⁷³ Ver Ferrer-Mazorra e outros v. EEUU (9903) Comissão da Corte Interamericana, Relatório 51/01 (2001), §232; Corte Europeia: Rigopoulos v. Espanha, (37388/97), Setença (1999); Ladent v. Polônia (11036/03) (2008), §72,

preliminares.²⁷⁴ O audiência deve ser realizada por autoridade com competência para determinar a prisão e para relaxá-la, tendo sido considerado violado a Convenção Europeia quando as autoridades e tribunais são diferentes para a análise de cada situação.²⁷⁵ Mesmo nas questões de terrorismo ou tráfico de drogas, os detidos devem ser trazidos ao controle do judiciário pronta e automaticamente, inclusive o fato de serem detidos em alto mar não permite que as autoridades questionem livremente os detidos sem o efetivo controle das cortes nacionais.²⁷⁶

A expressão “prontamente” é de pouca flexibilidade de interpretação, sendo que pode ser entendida de forma que o atraso na apresentação não ultrapasse poucos dias²⁷⁷, observando-se que atrasos superiores a 48 horas já foram considerados excessivos.²⁷⁸ Quando paira sobre o país a dúvida relativa ao uso de torturas de maneira sistemática, 24 horas é o prazo considerado suficiente.²⁷⁹ De toda a forma não se consideram aceitáveis quaisquer excusas para o não cumprimento da regra da pronta apresentação pela alegação de problemas de organização do sistema criminal de um dado país.²⁸⁰

Ser levado prontamente à presença do juiz deve ser entendido como forma de exercício do direito de defesa desde a fase de investigação, uma vez que o contraditório amplo e como salvaguarda do processo justo será exercido a partir do momento em que haja uma acusação formal, uma notificação em que constem o ato e o fato.²⁸¹

²⁷⁴ Ver *Bayarri v. Argentina*, Corte Interamericana (2008), §67; Ver também *Moulin v. França* (37104/06), Corte Europeia (2010), §§47-51.

²⁷⁵ Ver *McKay v. Reino Unido* (543/03), Pleno (2006), §47.

²⁷⁶ Ver a regra VII(2) do Guia Europeu dos Direitos Humanos e da luta contra o terrorismo, disponível em http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/coe/coe-rights_guidelines_en.pdf, acesso em 27 de novembro de 2016. Ver também *Medvedyev v. França* (3394/03), Pleno da Corte Europeia (2010), §126.

²⁷⁷ Ver *Aquilina v. Malta* (25642/94), Pleno da Corte Europeia (1999), §§48-51; HRC Comentário Geral 8, §2.

²⁷⁸ Ver HRC Observações conclusivas: Uzbequistão, UN Doc. CCPR/CO/83/UZB (2005), §14; Ucrânia, UN Doc. CCPR/C/UKR/CO/6 (2006), §8; Moldova, UN Doc. CCPR/MDA/CO/2 (2009), §19.

²⁷⁹ Relatório CAT sobre o artigo 20: México, UN Doc. CAT/C/75 (2003), §220(b).

²⁸⁰ Ver *Koster v. Holanda* (12843/87), Corte Europeia (1991), §§24-25.

²⁸¹ *Cfr.* SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 223 e ss; LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 244 e ss.

4.1.2.3 Princípio da paridade de armas e o princípio do contraditório

A paridade de armas é princípio essenciais ao direito a um julgamento justo, expressando-se como um equilíbrio que deverá existir “entre acusação e a defesa”.²⁸² Quanto à expressão “julgamento equitativo” consagrado no art. 14, n. 1 do Pacto Internacional, segundo o Comitê dos Direitos do Homem, “deverá ser interpretado como exigindo que estejam reunidas uma série de condições, tais como a paridade de armas e o respeito do princípio do contraditório” e que “estas exigências não são respeitadas caso (...) seja negada ao acusado a possibilidade de estar presente na audiência ou caso o acusado não possa instruir devidamente o seu representante legal”. Em particular, “o princípio da paridade de armas não é respeitado quando não é entregue um documento fundamentado com as acusações ao interessado.”²⁸³

Sobre o assunto, a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos assim se posicionou: “o direito a um julgamento justo implica o preenchimento de determinados requisitos objetivos, incluindo o respeito do direito à igualdade de tratamento, direito de defesa através de advogado, especialmente quando os interesses da justiça assim o exigem, bem como da obrigação dos tribunais de se conformarem com as normas internacionais a fim de garantir a todos um julgamento justo”, acrescentando que “o direito à igualdade de tratamento por uma instância jurisdicional, especialmente em questões penais, significa, em primeiro lugar, que tanto a defesa como o Ministério Público terão as mesmas oportunidades para preparar e apresentar as suas alegações e a acusação durante o julgamento”. Ou seja, deverão ter a possibilidade de “defender as suas posições (...) em pé de igualdade”. Em segundo lugar, “implica a igualdade de tratamento de todos os acusados pelas instâncias jurisdicionais encarregadas de os julgar.” No entanto “isto não significa

²⁸² Comunicação n. 307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Parecer adotado em 24 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 44, § 6.4.

²⁸³²⁸³ Comunicação n. 289/1988, *D. Wolf v. Panama* (parecer adotado em 26 de março de 1992), in documento das Nações Unidas GAOR, A/47/40, pp. 289-290.

que todos os acusados devam ter idêntico tratamento”, pois a resposta do sistema judicial deve ser análoga “quando os fatos objetivos sejam similares”.²⁸⁴

No caso *Bulut v. Áustria*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou o princípio da paridade de armas como “um dos elementos do conceito mais amplo de um julgamento justo” na acepção do art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia, o que implica que “a cada parte deverá ser concedida uma oportunidade razoável para expor o seu caso em condições que não a coloquem numa situação de desvantagem face ao seu oponente” e que, neste contexto, “são importantes as aparências, bem como a crescente sensibilidade para a questão de uma administração da justiça equitativa.”²⁸⁵ Neste caso, junto ao Supremo Tribunal, o Procurador-Geral declarou que se opunha ao recurso do réu, mas estas declarações não foram comunicadas à defesa, que não pôde reagir a elas. O Tribunal Europeu observou que “o princípio da igualdade de armas não depende de uma maior e quantificável iniquidade decorrente de uma desigualdade processual”, e que “cabe à defesa avaliar se determinada exposição merece reação. É assim injusto que a acusação faça exposições ao tribunal sem o conhecimento da defesa.”²⁸⁶

A Comissão Africana entendeu violado “o direito à igualdade de tratamento, um dos princípios fundamentais do direito a um julgamento justo”, num caso de pena de morte em que o Tribunal de Recurso de Ngozi, no Burundi, tratou diferentemente as partes, recusando o pedido de adiamento do acusado devido à ausência de um advogado, mas deferiu outro pedido de adiamento apresentado pela acusação.²⁸⁷

O Tribunal Europeu também se refere ao direito ao contraditório em matéria penal e civil, explicitando no caso *Lobo Machado c. Portugal* que esse direito “significa em princípio que as partes em processos penais ou civis deverão ter a oportunidade de conhecer e comentar todas as provas aduzidas ou observações apresentadas, mesmo que

²⁸⁴ CADHP, *Avocats Sans Frontières (on behalf of Gaëtan Bwampamye) v. Burundi*, Comunicação n. 231/99, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, §§ 26-27 do texto da decisão conforme publicada em: <https://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html>.

²⁸⁵ TEDH, *Caso Bulut c. Áustria*, sentença de 22 de Fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-II, p. 359, § 47.

²⁸⁶ TEDH, *Caso Bulut c. Áustria*, sentença de 22 de Fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-II, pp. 359-360.

²⁸⁷ CADHP, *Avocats Sans Frontières (on behalf of Gaëtan Bwampamye) v. Burundi*, Comunicação n. 231/99, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, § 29 do texto da decisão conforme publicada em: <https://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html>.

por um magistrado independente, a fim de influenciar a decisão do Tribunal.”²⁸⁸ Cabe à lei nacional garantir o contraditório e que “a lei nacional pode garantir o preenchimento desta condição de diversas formas”, mas “qualquer que seja o método escolhido, deve assegurar-se de que a outra parte terá conhecimento de que foram apresentadas observações e terá uma possibilidade real de as comentar”.²⁸⁹ Neste caso, o Vice Procurador-Geral defendeu seu parecer no Supremo Tribunal sem a conhecimento e oportunidade idêntica para a outra parte, violando o art. 6º, n. 1, circunstância ainda “agravada pela presença do Vice Procurador-Geral na audiência à porta fechada do Supremo Tribunal”.²⁹⁰

No caso *Brandstetter*, num processo por difamação, o Tribunal de Recurso de Viena baseou a sua decisão em exposições do Procurador da República Senior que não foram comunicadas à parte contrária e nem delas tiveram conhecimento. Para o Tribunal, a “possibilidade indireta e puramente hipotética de o arguido comentar os argumentos da acusação incluídos no texto da sentença dificilmente pode ser considerada como um substituto adequado do direito de examinar e responder diretamente às exposições apresentadas pela acusação”. Em prosseguimento, na opinião do Tribunal, o “Supremo Tribunal não corrigiu esta situação ao reformar a primeira sentença uma vez que a decisão se baseou num fundamento que nada teve a ver com a matéria em discussão.”²⁹¹

A paridade de armas é um critério essencial para um processo justo, incluindo a audiência equitativa neste conceito. Trata-se de uma garantia fundamental ao acusado, já que a acusação costuma ter a máquina do Estado para dar suporte ao seu trabalho, incluindo a investigação. Por este critério, na experiência dos tribunais internacionais, ao acusado deve ser garantida a genuína oportunidade de preparar e apresentar seu caso, contestar argumentos e provas colocadas diante do tribunal, da mesma forma que a acusação. Assim, inclui o direito ao tempo adequado e facilidades adequadas para preparar sua defesa, incluindo o “disclosure”, ou seja, a apresentação ao acusado de todo material de informação e probatório disponível ao promotor. Também inclui o direito a um defensor profissional para desafiar as provas, para chamar e questionar testemunhas e para se fazer

²⁸⁸ TEDH, *Caso Lobo Machado c. Portugal*, sentença de 20 de fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-I, § 31, p. 307.

²⁸⁹ TEDH, *Caso Brandstetter c. Áustria*, sentença de 1991, Série A, N. 211, pp. 27-28, § 67.

²⁹⁰ TEDH, *Caso Lobo Machado c. Portugal*, sentença de 20 de fevereiro de 1996, Relatórios de 1996-I, § 31, p. 206-207, §§ 31-32.

²⁹¹ TEDH, *Caso Brandstetter c. Áustria*, sentença de 1991, Série A, N. 211, p. 28, § 68.

presente ao julgamento. No entanto, este direito não significa que as partes devem ter recursos humanos e financeiros iguais.²⁹²

A paridade de armas requer que a defesa seja a última a se manifestar e intervir antes que a corte se retire para deliberações.²⁹³

Já se considerou violado este princípio quando: (a) o acusado não teve acesso às informações necessárias para preparar sua defesa; (b) quando o acusado não teve oportunidade de instruir seu defensor apropriadamente; (c) quando ao acusado se negou a oportunidade de apresentar testemunhas tal qual a acusação; (d) não se permitiu um adiamento da audiência quando o defensor se ausentou; (e) quando o defensor foi excluído de uma audiência e o promotor não.²⁹⁴ Mesmo nos casos de terrorismo, já se considerou violada a paridade de armas nos casos em que ficou evidente a desproporção de recursos entre a defesa e a acusação, como por exemplo: (i) na Espanha, nos casos em que a defesa não dispunha de recursos financeiros para viajar e encontrar seus clientes dispersos no país nos casos julgados na capital; (ii) no Egito, na denegação ao direito da defesa consultar os arquivos do caso, até a primeira audiência. Neste último caso, observou-se que havia uma representação ilusória, mecânica e cartorial, do direito do acusado a uma defesa adequada.²⁹⁵

Sobre este mesmo tema, no caso Campbell, o filho de dez anos foi detido para garantir o seu depoimento que foi contrário ao pai em caso de agressão à sua mãe, mas ao final do processo judicial, foi retratado.²⁹⁶ Para o Comitê dos Direitos do Homem, “a detenção de testemunhas para obter o seu depoimento constitui uma medida excepcional, que deverá ser regulada por critérios rigorosos na lei e na prática”. Havia dúvidas “quanto a uma possível intimidação e à fiabilidade do depoimento obtido nestas circunstâncias”. O Comitê concluiu assim que “o direito do autor a um julgamento justo foi violado.”²⁹⁷ A

²⁹² Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 119.

²⁹³ Ver *Avocats Sans Frontières (on behalf of Bwampamye) v. Burundi* (231/99), Comissão Africana (2000), §§26-28. Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 120.

²⁹⁴ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 120.

²⁹⁵ Ver Relatório Especial sobre Direitos Humanos e contra-terrorismo, UN Doc. A/63/223 (2008), §27, Espanha, UN Doc. A/HRC/13/37/Adendo 2 (2008), §27; Egito, UN Doc. A/HRC/13/37/Adendo 2 (2009), §§ 36-37. Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 120.

²⁹⁶ Comunicação n. 307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Parecer adotado em 24 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 42, § 2.3.

²⁹⁷ Comunicação n. 307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Parecer adotado em 24 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 44, § 6.4.

regra é que as testemunhas deponham de forma livre, sendo que só é lícito recorrer à detenção de testemunhas em casos excepcionalíssimos (art. 14, n. 1 do Pacto Internacional), não sendo claro em que grau tal medida seria aceitável no cotejo com outros tratados.²⁹⁸

4.1.2.4 Divulgação de provas que afirmam e as que infirmam a culpa – “Disclosure”

O direito ao “disclosure” significa que a defesa deve ter acesso a todas as provas que a acusação usou ou irá usar para acusar, bem como todo o material e informação que a acusação dispõe e excluiria a culpa do acusado. Trata-se do respeito à paridade de armas e cabe em qualquer sistema processual penal se entendido como direito da defesa ao acesso da informação apropriada, arquivos e documentos na posse ou no controle das autoridades em tempo suficiente para permitir que os advogados providenciem efetiva assistência legal a seus clientes, sendo que tal acesso deve ser disponibilizado o menor e mais apropriado tempo possível.²⁹⁹ É fundamental para permitir que a defesa tenha oportunidade para entender e preparar suas alegações sobre os arquivos e provas que serão utilizadas pela acusação, sendo necessário que as informações possam ser entendidas pelo defensor, seja pela língua em que os documentos estejam escritos ou pelo auxílio de um intérprete. A disponibilização da informação, dependendo de sua quantidade e complexidade, deve ser garantida em tempo suficiente e adequado para o preparo da defesa.³⁰⁰ As circunstâncias pelas quais os documentos e informações foram obtidas devem ser disponibilizadas à defesa, justamente para que possa valer-se dos argumentos da admissibilidade e do peso das provas,³⁰¹ bem como sobre a credibilidade da testemunha.³⁰² O momento da

²⁹⁸ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 207.

²⁹⁹ Ver Princípios Básicos sobre o papel dos advogados – princípio 21, em que trata como dever das autoridades permitir tal acesso. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>, acesso em 27 de novembro de 2016.

³⁰⁰ Ver *Leiva v. Venezuela*, Corte Interamericana (1999), §141.

³⁰¹ Ver HRC Comentários Gerais 32, §33.

³⁰² Ver *Promotora v. Blaškić*, (IT-95-14-A), ICTY Câmara de Apelação (29 de julho de 2004), §§ 263-267.

disponibilização de tais informações é muito amplo, considerando antes, durante e depois do próprio julgamento.

Se há muita informação e documentos, já se decidiu que a acusação deve separá-los e indicá-los à defesa, não sendo suficiente a mera disponibilização, ainda que com uma base de dados computadorizada, pelo que prejudica o direito de defesa e atrasa o desenvolver do processo.³⁰³

É possível a não disponibilização de alguma informação, porém não é a regra e tais decisões precisam ser controladas e determinadas pelo tribunal e não pela acusação. Tais restrições devem ser proporcionais para proteger outros indivíduos (que poderiam ter a vida em risco) ou questões de segurança nacional, porém não podem prejudicar o equilíbrio e a higidez do processo justo. Se se tratar de segurança nacional, a restrição deve ser determinada em lei e ser demonstrado o efeito de proteger a existência de um país, sua integridade territorial ou afetar a sua capacidade de responder às ameaças com o uso da força.³⁰⁴ Mesmo em casos de terrorismo, não é permitida a não disponibilização de documentos que possam comprometer a defesa, como se decidiu nos casos de revisão da legislação antiterrorista do Canadá e da Espanha.³⁰⁵ Assim é que se recomenda que as autoridades e tribunais mantenham constante revisão, durante o processo, sobre a adequação e oportunidade da não revelação de informações e documentos sob o possível impacto negativo da justiça do processo como um todo.³⁰⁶

³⁰³ Ver Promotoria v. Bemba, (ICC-01/05-01/08-55), ICC Câmara Pre-Trial, Decisão sobre o sistema de disponibilização das provas, (31 de julho de 2008), §§20-21.

³⁰⁴ Ver Princípios de Joanesburgo, nn. 1.2 e 15, disponível em <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/joburgprinciples.pdf>, acesso em 27 de novembro de 2016.

³⁰⁵ Ver HRC Observações Conclusivas: Canadá, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5 (2006), §13 e HRC Observações Conclusivas: Espanha, UN Doc. CCPR/C/ESP/CO/5 (2008), §18.

³⁰⁶ Ver Regras 81-84 do conjunto de Regras de processo e provas do ICC, disponível em <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>, acesso em 27 de novembro de 2016. Ver também Rowe and Davis v. Reino Unido (28901/95), Pleno da Corte Europeia (2000), §§60-67; Promotoria v. Katanga and Ngudjolo (ICC-01/04-01/07-475) ICC Câmara de Apelação, julgamento do recurso da Promotoria contra a decisão da Câmara de Pre-Trial I, sob o título “First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements” (13 de maio de 2008), §§60-73.

4.1.2.5 Instruções do Juiz ao Júri

Em princípio, não é tarefa do Comitê dos Direitos do Homem analisar as instruções dadas pelo juiz da causa ao júri, visto que é tarefa dos tribunais dos diversos países em que isso ocorre³⁰⁷, porém observou que “as instruções dadas ao júri pelo juiz deverão cumprir requisitos particularmente exigentes de rigor e imparcialidade nos casos em que possa ser aplicada a pena de morte ao acusado”, e que “isto se aplica, *a fortiori*, aos casos em que o acusado alega legítima defesa.”³⁰⁸

Não há violação na maioria dos casos apresentados ao Comitê³⁰⁹, principalmente quando o “o juiz de julgamento apresentou ao júri as respectivas versões da acusação e da defesa, de forma completa e equitativa”.³¹⁰

No caso Wright, em que houve condenação à morte por homicídio, a omissão do juiz foi tão grave que constituiu uma negação de justiça contrária ao art. 14, n. 1 do Pacto. Uma perícia demonstrou que a morte da vítima havia sido causada por um tiro disparado em momento que o autor já se encontrava detido. Este ponto não foi devidamente observado e informado ao júri.³¹¹ Dada “a gravidade das suas implicações”, o Comitê considerou que o Tribunal deveria ter levado esta informação “ao conhecimento do júri, apesar de não ter sido referida pelo advogado”.

³⁰⁷ Comunicações nn. 226/1987 e 256/1987, M. Sawyers and M. and D. McLean v. Jamaica (Pareceres adotados em 11 de abril de 1991) in documento das Nações Unidas GAOR, A/46/40, p. 233, § 13.5.

³⁰⁸ Comunicação n. 232/1987, D. Pinto v. Trinidad y Tobago (Parecer adotado em 20 de julho de 1990) in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 73, § 12.3.

³⁰⁹ Vide, por exemplo, Comunicação n. 283/1988, A. Little v. Jamaica (Parecer adotado em 1 de novembro de 1991) in documento das Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 282, § 8.2.

³¹⁰ Comunicação n. 232/1987, D. Pinto v. Trinidad y Tobago (Parecer adotado em 20 de julho de 1990) in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 73, § 12.4.

³¹¹ Comunicação n. 349/1989, C. Wright v. Jamaica (Parecer adotado em 27 de julho de 1992), in document das Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 315, § 8.3.

4.1.2.6 Direito a uma audiência pública

Há expressa garantia para o direito a uma audiência pública em processos civis e criminais no art. 14, n. 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e pelo art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, embora “o acesso à sala de audiências” possa ser “proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo” em casos de interesse da moral, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, no interesse da privacidade das partes ou quando o interesse da justiça assim o exigir. A Convenção Europeia vai além e acrescenta expressamente “os interesses de menores” como fundamento para a realização de audiências à porta fechada. O art. 8º, n. 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê este direito apenas em conexão com o processo penal, que “deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”. A Regra 79 (A) nas idênticas versões das Regras de Processo e Prova dos Tribunais Penais Internacionais para a Ruanda e ex-Iugoslávia faz referência também à possibilidade da Câmara de Primeira Instância reunir-se à porta fechada por razões de ordem pública ou moral pública, segurança ou proteção da identidade da vítima ou das testemunhas conforme previsto na Regra 75, ou para proteção dos interesses da justiça. Contudo, “a Câmara de Primeira Instância tornará públicas as razões de sua decisão – Regra 79 (B). Também no Comentário Geral n. 13, sobre o art. 14 do Pacto, o Comitê dos Direitos do Homem enfatizou que “a publicidade das audiências é uma importante salvaguarda dos interesses do indivíduo e da sociedade no seu conjunto”.

Excluindo as “circunstâncias excepcionais” previstas no art. 14, n. 1, “a audiência deverá ser aberta ao público em geral, incluindo representantes dos órgãos de comunicação social e o acesso não deverá, por exemplo, ser concedido apenas a uma categoria de pessoas”.³¹² Independentemente do fato das audiências se realizarem à porta fechada, “a sentença deverá, com algumas exceções expressamente definidas, ser publicada” conforme o art. 14 do Pacto.

³¹² Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, pp. 123-124, § 6.

Pela regra do art. 14, n. 1, “não depende de qualquer pedido da parte interessada (...) Tanto a legislação nacional como a prática judiciária deverão permitir a presença do público, se os membros do público assim o desejarem”.³¹³ Em decorrência deste dever, “os tribunais deverão tornar acessível ao público informação relativa à data, hora e local das audiências e providenciar instalações adequadas para que as pessoas interessadas possam assistir às mesmas, dentro de limites razoáveis, tendo em conta, por exemplo, o potencial interesse público no caso, a duração da audiência e o momento em que foi feito o anúncio formal da audiência. A não disponibilização pelo tribunal de salas de audiência amplas não constitui violação do direito a uma audiência pública, se de fato nenhuma pessoa interessada for impedida de assistir à audiência”.³¹⁴

O direito ao julgamento público se justifica pelo direito do público e mídia em conhecer e monitorar como a justiça é administrada e quais decisões são alcançadas pelo sistema judicial; também se configuram como garantia aos direitos do acusado. Também trata-se de uma importante ferramenta para verificar a correta adequação com o direito nacional e as leis e obrigações internacionais.³¹⁵

Os julgamentos secretos violam o art. 14, n. 1 do Pacto, como sucedeu no caso de oito antigos Deputados do Zaire e um empresário cujo julgamento – entre outras falhas – não foi realizado em público e que foram condenados a quinze anos de prisão, à exceção do empresário, a quem foi imposta uma pena de cinco anos de prisão.³¹⁶

Se o Estado não consegue justificar, dentro das prescrições do Pacto, o motivo pelo qual o julgamento ocorreu à porta fechada, entende-se que foi violado o art. 14, n. 1.³¹⁷

³¹³ Comunicação n. 215/1986, G. A. van Meurs v. Países Baixos (Parecer adotado em 13 de julho de 1990), in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 59, § 6.1.

³¹⁴ Comunicação n. 215/1986, G. A. van Meurs v. Países Baixos (Parecer adotado em 13 de julho de 1990), in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 60, § 6.2.

³¹⁵ Ver HRC Comentário Geral 32, §28; Corte Europeia: Tierce e outros v. San Marino (24954/94, 24971/94), (2000), §92; Galstyan v. Armênia (26986/03), (2007), §80, Palamara-Iribarne v. Chile, Corte Interamericana, (2005), §168. Quanto à verificação de adequação do direito nacional e internacional, ver a Declaração sobre os Defensores dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU, resolução 53/144. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 121.

³¹⁶ Comunicação n. 138/1983, N. Mpandanjila et. al v. Zaire (Parecer adotado em 26 de março de 1986), in documento das Nações Unidas GAOR, A/41/40, p. 126, § 8.2.

³¹⁷ Comunicação n. 74/1980, M. A. Estrella v. Uruguay (Parecer adotado em 29 de março de 1983, in documento das Nações Unidas, GAOR, A/38/40, p. 159, § 10.

Em reconhecimento ao papel criador e complementador dos direitos relativos a um processo justo, notamos que a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos considera que, independentemente do fato do direito a um julgamento público não estar expressamente previsto na Carta Africana, os artigos 60 e 61 deste instrumento lhe conferem competência para se inspirar “no direito internacional relativo aos direitos do Homem e dos povos e tomar em consideração, como meios subsidiários na determinação das regras de direito, outras convenções internacionais gerais ou especiais, costumes geralmente reconhecidos como direito, princípios gerais de direito reconhecidos pelos Estados africanos, bem como precedentes jurisprudenciais e doutrina”.

Ao julgar um caso, a Comissão Africana, em apoio ao direito à publicidade das audiências, fundamentou sua decisão nos termos do Comentário Geral n. 13 do Comitê dos Direitos do Homem, sobre o art. 14, n. 1 do Pacto.³¹⁸ A Comissão Africana observou que as “circunstâncias excepcionais” previstas no art. 14, n. 1 do Pacto são “exaustivas” e que o governo contestado não conseguiu defender-se além de “uma declaração geral em sua defesa”, e por isso concluiu que o direito a um julgamento justo garantido pelo art. 7º da Carta Africana havia sido violado. Para a Carta Árabe dos Direitos Fundamentais, o direito a um julgamento público não está sujeito a restrições mesmo em tempos de emergência, conforme o artigo 4º da Carta Árabe³¹⁹.

O princípio da publicidade do processo garantido pelo art. 8º, n. 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi violado no caso Castillo Petruzzi et al., uma vez que “todos os procedimentos do caso, mesmo a própria audiência, foram levados a cabo longe da vista do público e em segredo”, numa base militar em que o público não teve acesso, pelo que resultou numa “flagrante violação do direito a um processo público reconhecido pela Convenção.”³²⁰

A inexistência de uma audiência pública não violou, por outro lado, o art. 6º, n. 1 da Convenção Européia no caso Axen, em que o Tribunal Federal alemão decidiu

³¹⁸ CADHP, Media Rights Agenda (on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria, Comunicação n. 224/98, decisão adotada durante a 28ª sessão, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, § 51 do texto da decisão conforme publicada em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>.

³¹⁹ Ver a Carta Árabe de Direitos Fundamentais, disponível em <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/Arab-Charter-on-Human-Rights.pdf>, acesso em 27-11-2016,

³²⁰ TIADH, Caso Castillo Petruzzi et al. c. Peru, sentença de 30 de maio de 1999, Série C, N. 52, p. 211, §§ 172-173.

dispensar a audiência dado ter considerado infundado, por unanimidade, o recurso em matéria de direito; antes de tomar esta decisão, o tribunal tinha contudo “procurado conhecer devidamente os pontos de vista das partes.”³²¹ Reconheceu-se a violação ao direito a uma audiência pública no caso Weber em que o Tribunal Cantonal de Vaud, na Suíça, proferiu sentença sem uma audiência pública.³²²

O direito a uma audiência pública costuma não ser estendido às fases prévias, como a investigativa, sendo observada a decisão da Corte Europeia que admite a publicidade dos procedimentos que determinam a acusação, mas não inclui aqueles que poderiam rever a legalidade da prisão provisória. Decisão diversa foi dada pela Corte Interamericana que entendeu cabível a publicidade da fase da investigação no caso julgado por uma corte militar no Chile, julgando violados o direito à uma audiência pública dos acusados.³²³

Algumas exceções são permitidas, de forma muito estreita, relacionada (a) às questões morais (crimes sexuais, etc.); (b) ordem pública – ordem na sala de audiência; (c) segurança nacional numa sociedade democrática; (d) no interesse de proteger a identidade e integridade de vítimas de violência sexual; (e) em situações caso-a-caso em que a publicidade poderia prejudicar os interesses da justiça; (f) interesses de crianças e menores; (g) questões matrimoniais e de guarda de menores. Entretanto, as razões pelas quais se determinou a restrição (parcial ou total) devem ser conhecidas do público. Também o público e a mídia devem ter acesso antecipado às datas e locais em que os julgamentos ocorrerão e, além disso, as dependências da corte devem ser adequadas e acessíveis ao público.³²⁴ Assim, já se julgou inadequado o pequeno espaço na sala de audiência para o julgamento de uma pessoa pública e também o julgamento dentro da prisão em relação a uma acusação de ofensas aos guardas prisionais.³²⁵

³²¹ TEDH, Caso Axen c. República Federal da Alemanha, sentença de 8 de fevereiro de 1983, Série A, N. 72, p. 12, § 28.

³²² TEDH, Caso Weber c. Suíça, sentença de 22 de maio de 1990, Série A, n. 177, p. 20, § 39.

³²³ Ver Reinprecht v. Austria (67175/01), Corte Europeia (2005), §41; Palamara-Iribarne v. Chile, Corte Interamericana, (2005), §§165-174. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 122.

³²⁴ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 121-123.

³²⁵ HRC: Marinich v. Bielorrússia, UN Doc. CCPR/C/99/D/1502/2006 (2010), §10.5, Kulov v. Quirguistão, UN Doc. CCPR/C/99/D/1369/2005 (2010), §8.6; Corte Europeia: Riepan v. Austria (35115/97), (2000), §§28-31. Ver também Hummatov v. Azerbaijão (9852/03 e 13413/04), (2007) §§140-152. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 122.

Nos casos de terrorismo, há uma preocupação crescente com a ausência de publicidade dos julgamentos, principalmente porque as restrições devem ser estritas à extensão da necessidade, sendo que para garantir a equidade, devem ser acompanhadas de adequados mecanismos para observação e revisão.³²⁶

4.1.2.7 Direito a uma sentença pública

É necessário que a sentença, proferida no julgamento público, seja igualmente pública, disponibilizada para todo o público, justamente para garantir o acompanhamento sobre a administração da justiça. Somente com a disponibilização da decisão, em língua que o acusado compreenda, é que lhe permitirá conhecer suas razões e ainda recorrer se entender necessário. Estas determinações são comuns às regras internacionais³²⁷, embora seja admitida exceção se for necessário proteger o interesse de crianças abaixo de 18 anos.

A publicidade ocorrerá no próprio tribunal, em sessão própria, caso a decisão seja oral e será pela disponibilização integral da sentença, caso seja escrita. A publicação escrita pode ser redigida de forma a proteger informações sobre vítimas, testemunhas ou crianças.³²⁸

³²⁶ Ver Relatório especial sobre direitos humanos e contra-terrorismo, UN Doc. A/63/223, (2008), §30, UN Doc. A/HRC/6/17/Add.2 (África do Sul), (2007), §32. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 124.

³²⁷ Ver Convenção Europeia, Artigo 6(1); Seção A(3)(j) dos Princípios do Julgamento Justo na África; Artigo 14(1) do ICCPR; Artigos 74(5) e 76(4) do Estatuto ICC; Artigo 22(2) do Estatuto de Ruanda; Artigo 23(2) do Estatuto da Jugoslávia; Artigo 8(5) da Convenção Americana.

³²⁸ Ver *Promotoria v. Vojislav Šešelj* (IT-03-67-R77.2-A), ICTY Julgamento da Câmara de Apelações, (19 de maio de 2010), §32.

4.1.2.8 Direito a ser julgado “sem demora excessiva” ou “num prazo razoável”

A previsão para haja um julgamento em prazo razoável, vem sendo interpretada com base (i) no art. 14, n. 3, alínea c) do Pacto Internacional e (ii) com base nos artigos 20, n. 4, alínea c) e 21, n. 4, alínea c) dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para ex-Iugoslávia, respectivamente. Nos termos dos arts. 7º, n. 1, alínea d) da Carta Africana, 8º, n. 1 da Convenção Americana e 6º, n. 1 da Convenção Europeia, todos têm o direito a que a sua causa seja examinada num prazo razoável.

Esse direito inclui a data de início e a data do término, em todas as suas fases e, além disso, incluem o trâmite em todas as instâncias, conforme o Comentário Geral n. 13, o Comitê dos Direitos do Homem.³²⁹ Esta posição é a mencionada na jurisprudência do Comitê, de acordo com a qual o art. 14, n. 3, alínea c) e n. 5 “devem ser lidos em conjunto, de forma a que o direito a uma dupla jurisdição em matéria penal seja assegurado sem demora excessiva.”³³⁰

A situação econômica difícil de um Estado não constitui-se em desculpa para o desrespeito ao Pacto, uma vez “que os direitos consagrados no Pacto constituem normas mínimas que todos os Estados Partes se comprometeram a observar”.³³¹

O Estado deve explicar os motivos do atraso, sendo aceitável em parte que seja devido aos próprios litigantes, como no caso em que se decide trocar de advogado.³³² A determinação do prazo razoável depende de cada situação em concreto, porém, o Comitê dos Direitos do Homem examinou vários casos e concluiu que: (1) o atraso de 29 meses desde a detenção era contrária ao Pacto.³³³ (2) Um atraso de dois anos entre a detenção e o julgamento foi também considerado uma violação ao art. 14, n. 3, alínea c) e do art. 9º, n.

³²⁹ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 124, § 10.

³³⁰ Comunicações nn. 210/1986 e 225/1987, E. Pratt and I. Morgan v. Jamaica (Pareceres adotados em 6 de abril de 1989), in documento das Nações Unidas GAOR, A/44/40, p. 229, § 13.3.

³³¹ Comunicação n. 390/1990, B. Lubuto v. Zambia (Parecer adotado em 31 de outubro de 1995), in documento das Nações Unidas GAOR, A/51/40 (vol. II), p. 14, § 7.3.

³³² Comunicação n. 526/1993, M. and B. Hill v. Spain (Parecer adotado em 2 de abril de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 17, § 12.4.

³³³ Comunicação n. 564/1993, J. Leslie v. Jamaica (Parecer adotado em 31 de julho de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 28, § 9.3.

3) do Pacto.³³⁴ (3) Processos que levaram seis³³⁵ ou cerca de dez anos para ser concluídos foram considerados violadores do art. 14, n. 3, alínea c). A conclusão foi a mesma num caso em que existiu um atraso de 31 meses entre a condenação e o recurso.³³⁶

No caso Kelly, os arts. 14, n. 3, alínea c) e n. 5 foram violados uma vez que o Tribunal de Recurso levou quase cinco anos a emitir uma sentença escrita, assim impedindo de fato o autor de apresentar uma petição ao Conselho Privado.³³⁷

No caso R. T. Muñoz Hermoza v. Perú, relativo a um pedido para reintegração do autor na Guarda Civil do Peru, “uma sequência aparentemente interminável de instâncias e uma reiterada incapacidade para cumprir decisões” resultaram num atraso de sete anos que foi considerado “excessivo” pelo Comitê, assim violando “o princípio de uma audiência equitativa” consagrado no art. 14, n. 1 do Pacto. Este caso não foi examinado por referência ao art. 14, n. 3, alínea c).³³⁸

Conforme o art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o início do período a considerar pode contar-se, por exemplo, a partir do dia em que a pessoa é acusada, detida ou pronunciada para julgamento³³⁹, e este período termina normalmente quando a sentença de condenação ou absolvição das pessoas se torna definitiva.³⁴⁰

Quanto à duração do prazo, o Tribunal Europeu considera que essa questão “deve ser avaliada à luz das circunstâncias concretas do caso, tendo em conta os critérios

³³⁴ Comunicação n. 672/1995, C. Smart v. Trinidad and Tobago (Parecer adotado em 29 de julho de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 149, § 10.2.

³³⁵ Comunicação n. 159/1983, Cariboni v. Uruguay (Parecer adotado em 27 de outubro de 1987), in documento das Nações Unidas GAOR, A/43/40, p. 184 e pp. 189-190, §§ 9.2 e 10.

³³⁶ Comunicação n. 702/1996, C. McLawrence v. Jamaica (Parecer adotado em 18 de julho de 1997), in document das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 232, § 5.11.

³³⁷ Comunicação n. 253/198, P. Kelly v. Jamaica (Parecer adotado em 8 de abril de 1991), in documento das Nações Unidas GAOR, A/46/40, p. 248, § 5.12.

³³⁸ Comunicação n. 203/1986, R. T. Muñoz Hermoza v. Peru (Parecer adotado em 4 de novembro de 1988), in documento das Nações Unidas GAOR, A/44/40, p. 204, § 11.3.

³³⁹ TEDH, Caso Kemmache c. França, sentença de 27 de novembro de 1991, Série A, N. 218, p. 27, § 59 (data da acusação); TEDH, Caso Yağci e Sergin c. Turquia, sentença de 8 de junho de 1995, Série A, N. 319-A, p. 20, § 58 (data de detenção) e TEDH, Caso Mansur c. Turquia, sentença de 8 de junho de 1995, Série A, N. 319-B, p. 51, § 60 (data de pronúncia).

³⁴⁰ Vide, por exemplo, TEDH, Caso Yağci e Sargin c. Turquia, sentença de 8 de junho de 1995, Série A, N. 319-A, p. 20, § 58.

enunciados na jurisprudência do Tribunal, em particular a complexidade do caso, a conduta do requerente e a conduta das autoridades competentes”.³⁴¹

Sobre a conduta do requerente, o Tribunal Europeu considerou que o art. 6º “não exige que uma pessoa acusada de uma infração penal coopere ativamente com as autoridades judiciais” e que, além disso, não penaliza o acusado por ter “aproveitado plenamente os recursos previstos na legislação nacional para a sua defesa”, embora estes fatores possam, em alguma medida, atrasar o processo.³⁴²

No caso Yağci e Sargin, as autoridades judiciais foram responsáveis por um excessivo atraso, contrário ao artigo 6º, porque os tribunais realizaram apenas, em média, uma audiência por mês, tendo ainda demorado quase seis meses até absolver os réus com base em recente revogação dos artigos do Código Penal que serviram de base para a acusação que lhes foi dirigida. No total, o processo durou quase quatro anos e oito meses.³⁴³

A contagem do prazo razoável de duração do processo penal inicia-se na investigação preliminar desde que haja algum tipo de repercussão importante na situação jurídica do investigado, pois a partir deste evento o investigado tem o direito de exigir que tanto a apuração quanto o próprio processo cheguem logo ao seu final, sendo ainda observado que a jurisprudência europeia até reconhece o direito de indenização de prejuízos sofridos em caso de demora do processo se imputável ao serviço ou órgão público.³⁴⁴

³⁴¹ TEDH, Caso Kemmache c. França, sentença de 27 de novembro de 1991, Série A, N. 218, p. 20, § 50 (penal) e TEDH, Caso Martins Moreira c. Portugal, sentença de 26 de outubro de 1988, Série A, N. 143, p. 17, § 45 (civil).

³⁴² TEDH, Caso Yağci e Sargin c. Turquia, sentença de 8 de junho de 1995, Série A, N. 319-A, p. 21, § 66.

³⁴³ TEDH, Caso Yağci e Sargin c. Turquia, sentença de 8 de junho de 1995, Série A, N. 319-A, p. 22, § 67-70.

³⁴⁴ *Cfr.* Mario Chiavario, *Diritto ad un processo equo in* BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Liberta Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 210-214.

4.1.2.9 Direito de se defender pessoalmente ou através de advogado de sua escolha

Sempre que o direito de acesso à assistência jurídica não está efetivamente disponível, entende-se que houve violação ao artigo 14, n. 3, pelo Comitê dos Direitos do Homem.³⁴⁵ Nos casos em que a lei interna não autoriza o autor a defender-se pessoalmente, o Comitê tem também constatado uma violação do art. 14, n. 3, alínea d), que permite que o acusado escolha entre a possibilidade de defender pessoalmente, se assim o desejar – se necessário através de um intérprete – ou de confiar a sua defesa a um advogado.³⁴⁶

Violou-se o direito a beneficiar da assistência de um advogado da sua escolha no caso López Burgos, uma vez que a vítima foi obrigada a aceitar a nomeação oficiosa de um coronel para seu defensor.³⁴⁷ O direito garantido pelo artigo 14, n. 3, alínea d) “não dá ao arguido o direito de escolher qualquer defensor gratuitamente” mas, apesar destas restrições, “deverão ser adotadas medidas para garantir que o advogado, uma vez nomeado, assegura uma representação eficaz no interesse da justiça”, o que inclui “consultar o acusado e informá-lo caso pretenda retirar um recurso ou alegar, perante a instância de recurso, que o recurso não tem fundamento.”³⁴⁸ É assim essencial, para efeitos do art. 14, n. 3, alínea d), que o tribunal nacional se “assegure de que a condução do caso pelo advogado não é incompatível com os interesses da justiça” e o próprio Comitê examinará se existem quaisquer indícios que demonstrem que o advogado “não estava atuando da melhor maneira no interesse do seu cliente”.³⁴⁹

³⁴⁵ Vide, entre muitos casos, a Comunicação n. R.2/8, B. Weismann Lanza and A. Lanza Perdomo v. Uruguay (Parecer adotado em 3 de abril de 1980), in document das Nações Unidas GAOR, A/35/40, p. 118, § 16 e Comunicação n. R.1/6, M. A. Millán Sequeira v. Uruguay (Parecer adotado em 29 de julho de 1980), *ibid.*, p. 131, § 16.

³⁴⁶ Comunicação n. 526/1993, M. and B. Hill v. Spain (Parecer adotado em 2 de abril de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 18, § 14.2.

³⁴⁷ Comunicado n. R.12/52, S. R. López Burgos v. Uruguay (Parecer adotado em 29 de junho de 1981), in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 183, § 13.

³⁴⁸ Comunicado n. 356/1989, T. Collins v. Jamaica (Parecer adotado em 25 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, § 8.2.

³⁴⁹ Comunicação n. 708/1996, N. Lewis v. Jamaica (Parecer adotado em 17 de julho de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 251-252, § 8.4.

O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos entendeu que as alíneas c), d) e e) do artigo 8º, n. 2 da Convenção Americana tinham sido violadas no caso Suárez Rosero, em que a vítima foi mantida sob detenção em regime de incomunicabilidade durante 36 dias, período durante o qual não lhe foi permitido consultar qualquer advogado. Terminado o período de incomunicabilidade, foi-lhe permitido receber visitas do seu advogado, embora não tenha tido “a possibilidade de se comunicar com ele livremente e em particular”, decorrendo as entrevistas na presença de agentes policiais.³⁵⁰ O artigo 8º, n. 2, alínea d) também foi violado no caso Castillo Petruzzi uma vez que “não foi permitido às vítimas beneficiar da assistência de um advogado entre o momento da sua detenção e o momento em que prestaram depoimento” perante a polícia, quando lhes “foram atribuídos defensores nomeados oficiosamente pelo tribunal.” Quando lhes foi permitido beneficiar da assistência de “advogados da sua escolha, o papel destes últimos foi, na melhor das hipóteses, marginal” e apenas puderam ter acesso ao processo na véspera do dia em que foi proferida a sentença pelo tribunal de primeira instância.³⁵¹

O Tribunal concluiu no caso Poitrimol ter havido violação do art. 6º da Convenção Europeia, em virtude de o queixoso ter sido privado do direito de recorrer para um tribunal superior pelo fato de não ter apresentado uma justificação válida para a falta de comparecimento na audiência. Na opinião do Tribunal Europeu, a supressão do direito a assistência jurídica “foi desproporcionada nas circunstâncias” do caso, uma vez que nem sequer foi permitido ao autor fazer-se representar pelo seu advogado. Assim, pode dizer-se que, nos termos do art. 6, n. 3, alínea c) da Convenção Europeia, um arguido que evite deliberadamente comparecer em pessoa conserva mesmo assim o direito de ser defendido por um advogado.³⁵²

Para além disso, no caso Pelladoah o Tribunal salientou que “toda a pessoa acusada de uma infração penal tem o direito de ser defendida por um advogado”, mas que “para que este direito seja prático e efetivo, e não apenas teórico, o seu exercício não deverá

³⁵⁰ TIADH, Caso Suárez Rosero c. Ecuador, sentença de novembro de 1997, in document da Organização dos Estados Americanos OAS/Ser. L/V/III.39, doc. 5, Relatório Anual de 1997 do TIADH, p. 301, § 83 lido em conjunto com p. 292, § 34, alíneas g) e h).

³⁵¹ TIADH, Caso Castillo Petruzzi et al. c. Peru, sentença de 30 de maio de 1999, Série C, N. 52, pp. 203-204, §§ 146-149 lidos em conjunto com p. 202, § 141.

³⁵² TEDH, Caso Pelladoah c. Países Baixos, sentença de 22 de setembro de 1994, Série A, N. 297-B, § 40 a p. 35 e TEDH, Caso van Geyselhem c. Bélgica, sentença de 21 de janeiro de 1999, Relatórios de 1999-1, pp. 140-141, §§ 35-36.

depende do cumprimento de formalidades indevidas: cabe aos tribunais assegurar que o julgamento é justo e, nesta conformidade, que o advogado que comparece no julgamento com o aparente objetivo de defender o réu na sua ausência tenha a oportunidade de o fazer.”³⁵³

No caso *Kamasinski*, em que foi nomeado um defensor oficioso para representar o acusado num processo judicial relativo a fraude e apropriação indevida de bens, o Tribunal Europeu observou que “um Estado não pode ser responsabilizado por todas as falhas de um advogado nomeado para efeitos de apoio judiciário” e que “decorre da independência da advocacia relativamente ao Estado que a conduta da defesa é essencialmente uma questão entre o arguido e o seu advogado, independentemente do fato de este último ter sido nomeado ao abrigo de um regime de apoio judiciário ou ser pago por particulares”. Na opinião do Tribunal, “o artigo 6º, n. 3, alínea c) apenas exige que as autoridades nacionais competentes intervenham caso seja manifesto que o defensor oficioso não está a assegurar uma representação eficaz ou sejam suficientemente informadas deste fato de alguma forma”.³⁵⁴

4.1.2.10 Direito a uma assistência judiciária efetiva nos casos de pena de morte

O Comitê dos Direitos do Homem tem entendido que “assistência judiciária ao arguido num caso de pena capital deverá ser assegurada de formas que garantam que a justiça seja feita de forma adequada e efetiva.”³⁵⁵ E que à luz do art. 14, n. 3, alínea d): “O tribunal deve assegurar-se de que a condução do caso por parte do advogado não é incompatível com os interesses da justiça. Não cabendo ao Comitê questionar o juízo profissional do advogado, o Comitê considera que, num caso de pena de morte, quando o advogado do arguido considera não existirem fundamentos para recorrer, o tribunal deve

³⁵³ TEDH, *Caso Pelladoah c. Países Baixos*, sentença de 22 de setembro de 1994, Série A, N. 297-B, p. 35, § 41.

³⁵⁴ TEDH, *Caso Kamasinski* sentença de 19 de dezembro de 1989, Série A, N. 168, pp. 32-33, § 65.

³⁵⁵ Comunicação n. 232/1987, *D. Pinto v. Trinidad and Tobago* (Parecer adotado em 20 de julho de 1990), in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40, p. 73, § 12.5.

apurar se o causídico consultou o réu e o informou devidamente. Se isto não sucedeu, o tribunal deverá assegurar-se de que o acusado seja informado do fato e que lhe é dada a oportunidade de nomear outro advogado”.³⁵⁶

No caso Morrison, o autor deveria “ter sido informado de que o defensor dativo não iria apresentar quaisquer fundamentos de recurso, para que pudesse ter considerado quaisquer opções ainda em aberto”. Como isso não foi feito, houve violação do art. 14, n. 3, alínea d).³⁵⁷

No caso Reid, foi violado o artigo 14, n. 3, alínea d), pois o autor dispunha de um defensor dativo mas tinha dado indicação de que pretendia estar presente no decorrer dos procedimentos de recurso. Esta possibilidade foi-lhe negada uma vez que tinha advogado, ocorre que o advogado decidiu subsequentemente não existirem fundamentos para recorrer e não apresentou quaisquer argumentos jurídicos em favor da procedência do recurso, assim o deixando de fato sem defesa.³⁵⁸ No parecer do Comitê, e considerando que este era “um caso que envolvia a aplicação da pena de morte”, o Estado Parte “deveria ter nomeado um outro advogado para a defesa [do acusado] ou permitido que a pessoa se representasse a si própria nos procedimentos de recurso”. No caso McLeod, apesar do defensor ter de fato consultado o autor antes do recurso, ocorreu que, sem o seu conhecimento, o defensor decidiu não invocar quaisquer fundamentos de recurso. Não havia qualquer indicação neste caso de que o Tribunal de Recurso tivesse tomado providência alguma para assegurar o respeito do direito do autor a ser devidamente informado e o Comitê concluiu assim pela violação dos direitos consagrados nas alíneas b) e d) do art. 14º, n. 3.³⁵⁹

O artigo 14, n. 3, alínea d) foi ainda violado num caso de pena de morte em que o autor tinha desejado comparecer em pessoa no âmbito dos procedimentos de recurso e que

³⁵⁶ Comunicação n. 663/1995, M. Morrison v. Jamaica (Parecer adotado em 3 de novembro de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 155, § 8.6.

³⁵⁷ Comunicação n. 663/1995, M. Morrison v. Jamaica (Parecer adotado em 3 de novembro de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 155, § 8.6. Ver também a Comunicação n. 572/1994, H. Price v. Jamaica (Parecer adotado em 6 de novembro de 1996), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 155-156, § 9.2.

³⁵⁸ Comunicação n. 250/1997, C. Reid v. Jamaica (Parecer adotado em 20 de julho de 1990), in documento das Nações Unidas GOAR, A/45/40 (vol. II), p. 91, § 11.4.

³⁵⁹ Comunicação n. 734/1997, A. McLeod v. Jamaica (Parecer adotado em 31 de março de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II), pp. 216-217, § 6.3. Vide também por exemplo, a Comunicação n. 528/1993, M. Steadman v. Jamaica (Parecer adotado em 2 de abril de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 26-27, § 10.3.

dispensava apoio judiciário. Suas pretensões foram ignoradas e o recurso prosseguiu na presença de um defensor dativo, que baseou o recurso num fundamento que o autor não desejava invocar. O Comitê constatou “com preocupação que o autor não tinha sido informado com antecedência suficiente acerca da data de audiência de recurso”, demora que “comprometeu a sua possibilidade de preparar o recurso e de consultar o seu defensor dativo, cuja identidade desconheceu até ao próprio dia da audiência.” As suas “oportunidades para preparar o recurso foram ainda frustradas pelo fato de o requerimento de recurso ter sido tratado como a própria audiência de recurso, na qual não foi autorizado a estar presente.”³⁶⁰

No caso Robinson, o julgamento havia sido adiado várias vezes dado que a acusação teve dificuldade em localizar a testemunha principal. Quando a testemunha principal foi localizada o julgamento começou, porém os advogados do autor não estavam presentes no tribunal. Permitiu-se a continuação do julgamento e o autor teve de se defender a si próprio. Foi considerado culpado de homicídio e condenado à morte.³⁶¹ Neste caso “a ausência do advogado resultou num julgamento injusto”.

No caso Domukovsky et al, os quatro autores foram expulsos da sala de audiências e o julgamento prosseguiu sem a sua presença, acabando com a imposição da pena de morte a dois deles; foi-lhes também recusada a possibilidade de contarem com o patrocínio jurídico de advogados da sua escolha. O Comitê considerou violado o art. 14, n. 3, alínea d) em relação a cada um dos autores, observando que: “num julgamento que pode resultar na imposição de pena de morte, que era a situação relativamente a cada um dos acusados, o direito à defesa é inalienável e deverá ser respeitado em todas as instâncias e sem exceção. Isto implica o direito de ser julgado na presença da pessoa, de ser defendido por advogado da sua escolha e de não ser obrigado a aceitar um defensor dativo”.³⁶² Uma vez que o Estado Parte não tinha neste caso demonstrado ter tomado “todas as medidas razoáveis para assegurar a presença contínua dos autores no decorrer do julgamento, apesar do seu

³⁶⁰ Comunicação n. 338/1988, L. Simmonds v. Jamaica (Parecer adotado em 23 de outubro de 1992), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 82, § 8.4. Vide também um caso em que o advogado não seguiu as instruções do acusado: Comunicação n. 248/1987, G. Campbell v. Jamaica (Parecer adotado em 30 de março de 1992), in documento Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 247, § 6.6.

³⁶¹ Comunicação n. 223/1987, F. Robinson v. Jamaica (Parecer adotado em 30 de março de 1989), in documento das Nações Unidas GAOR, A/44/40, pp. 224-245, § 10.2.

³⁶² Comunicações n. 623, 624, 626 e 627/1995, V P. Domukovsky et al v. Georgia (Parecer adotado em 6 de abril de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 111, § 18.9.

comportamento alegadamente perturbador” e considerando que não havia assegurado “que cada um dos autores fosse a todo o tempo defendido por advogado da sua própria escolha”, o Comitê concluiu pela violação do art. 14, n. 3, alínea d).

A Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos concluiu que o Burundi tinha violado o direito de defesa previsto no art. 7º, n. 1, alínea c) da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos num caso em que os tribunais se recusaram a designar um advogado para a defesa de um arguido que acabou por ser condenado à morte. A Comissão decidiu que dada “a gravidade das acusações dirigidas contra o acusado” neste caso “e a natureza da pena em que incorria, era do interesse da justiça que a pessoa beneficiasse da assistência de um advogado em todas as fases do processo”.³⁶³ O art. 7º, n. 1, alínea c) da Carta Africana foi também violado num caso relativo a pena de morte instaurado contra a Nigéria, em que o advogado de defesa de sete dos autores “foi perseguido e intimidado ao ponto de ser forçado a retirar-se do processo. Apesar deste afastamento forçado do advogado, o tribunal prosseguiu com o julgamento, acabando por condenar os arguidos à morte”. A Comissão entendeu que os acusados foram “privados do seu direito de defesa, incluindo do direito de serem assistidos por um defensor da sua escolha”, violando o disposto no art. 7º, n. 1, alínea c) da Carta Africana.³⁶⁴

4.1.2.11 Direito a apoio jurídico gratuito

A assistência jurídica é necessária para que o acusado participe ativa e plenamente do processo criminal, por isso é uma importante garantia componente do processo justo, aplicando-se a todo o processo criminal, desde os estágios investigativos, durante o processo em primeira instância, durante as fases recursas e até revisionais. Por isso não se

³⁶³ CADHP, *Avocats Sans Frontières (on behalf of Gaëtan Bwampamye) v. Burundi*, Comunicação n. 231/99, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, § 30 do texto da decisão conforme publicada em: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html>.

³⁶⁴ CADHP, *Constitutional Rights Project (on behalf of Zamani Lekwot and six Others) v. Nigeria*, Comunicação n. 87/93, decisão adotada durante a 16ª Sessão, outubro de 1994, § 29 do texto da decisão conforme publicada em: http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html.

admitiu que a acusação ouvisse testemunhas sem a presença do advogado³⁶⁵ de defesa e também não se aceita a proibição do advogado nas cortes costumeiras.³⁶⁶

Em razão da confiança e confidencialidade das informações, o acusado deve ter o direito de escolher o advogado, mesmo quando seja possível escolher dentre os vários que poderiam ser designados pelo tribunal. A denegação do direito de escolher o advogado viola o processo justo nos casos envolvendo o julgamento de políticos ou de crimes relacionados com o terrorismo.³⁶⁷ Também há violação quando é designado um advogado inexperiente que não foi a escolha dos acusados.³⁶⁸

O direito de escolha do advogado não é absoluto, podendo ser limitado pelo interesse da justiça ou por peculiaridades do próprio advogado, como estar respondendo a processo criminal, estar agindo além dos estritos limites éticos ou ainda desrespeitar os procedimentos estabelecidos pelo tribunal. Há também restrições para que não recuse o advogado apontado pelo tribunal caso não tenha condições de pagar pelos serviços jurídicos.

O interesse da justiça pode se configurar em relação ao tipo de processo, à gravidade das acusações ou às condições especiais do acusado (idade, vulnerabilidade, etc). Enquanto a Carta Árabe (art. 16.4) determina que seja apontado advogado de defesa, no interesse da justiça, caso o acusado não consiga se defender, a Convenção Americana (art. 8.2) determina o apontamento do advogado se previsto pela legislação nacional.

Porém, em mais uma demonstração do papel complementar da jurisprudência, a Corte Interamericana determinou que o advogado designado seja pago pelo Estado se for necessário para assegurar um julgamento justo.³⁶⁹ É possível fazer-se um teste para saber sobre os meios financeiros do acusado para determinar o direito a receber a assistência jurídica gratuita, no entanto, mesmo sem este resultado, a assistência deve ser concedida

³⁶⁵ Ver HRC, *Brown v. Jamaica*, UN Doc. CCPR/C/65/D/775/1997, 1999, §6.6; *Hendricks v. Guiana*, UN Doc. CCPR/C/75/D/838/1998, 2002, §6.4.

³⁶⁶ Ver HRC, *Observações Conclusivas: Botswana*, UN Doc. CCPR/C/BWA/CO/1, 2008, §21.

³⁶⁷ Ver HRC *Estrella v. Uruguay*, 74/1980, UN Doc. CCPR/C/OP/2, 1983, §8.6, 10; *Mecanismos da ONU: Relatório Conjunto sobre as prisões na Baía de Guantánamo*, UN Doc. E/CN.4/2006/120, 2006, §35.

³⁶⁸ Vários foram os processos contra a Nigéria e o Sudão. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 149.

³⁶⁹ Ver Corte Interamericana, *Opinião de Aconselhamento*, OC-11/90, §§25-28.

em situações de urgência. Os meios financeiros devem incluir os rendimentos familiares, com exceção aos casos em que há conflitos internos na família.³⁷⁰

4.1.2.12 Direito a comunicar-se confidencialmente com um defensor, inclusive em caso de recurso

O direito a comunicar-se com o advogado de forma confidencial é parte dos direitos de defesa e de ser defendido por advogado e as autoridades devem garantir tal confidencialidade dentro do relacionamento profissional esperado para tais situações. É interessante observar que não há regra explícita sobre a comunicação confidencial tanto sob o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ICCPR) quanto pela Convenção Europeia, no entanto, essa importante extensão foi garantida na jurisprudência da Corte Europeia como sendo parte dos requisitos básicos do processo justo.³⁷¹ O direito à comunicação confidencial é parte do direito ao tempo e meios necessários para preparar a defesa e os recursos, tanto que o Estado deve providenciar que advogado e a parte se encontrem pessoalmente, mesmo por telefone, podendo ambos estar sob a vigilância visual de um guarda penitenciário, não sob a vigilância auditiva.³⁷² Mesmo em casos de terrorismo a ausência de confidencialidade na comunicação viola o artigo 8.2 da Convenção Americana.³⁷³

Algumas restrições na confidencialidade podem ser aceitas em casos extremos (prevenir crimes contra a vida, por exemplo), desde que previstos em lei, ordenado por um juiz e acompanhados por garantias contra o abuso, como submeter a correspondência escrita a um juiz não conectado com o processo criminal e que tenha o dever de manter a informação igualmente confidencial.³⁷⁴

³⁷⁰ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 152.

³⁷¹ Ver *S. v. Suíça*, 12629/87 e 13965/88, Corte Europeia, 1991, §48.

³⁷² Ver *Arutyunyan v. Uzbequistão*, HRC, UN Doc. CCPR/C/80/D/917/2000, 2004, §6.3.

³⁷³ Ver *Cantoral-Benavides v. Peru*, Corte Interamericana, 2000, §§127-128.

³⁷⁴ Ver *Erdem v. Alemanha*, 38321/97, Corte Europeia, 2001, §§65-69.

4.1.2.13 Direito de estar presente no seu próprio julgamento

O direito de estar presente no seu próprio julgamento faz parte daqueles que não estão expressamente previstos na Convenção Europeia e nem na Convenção Americana, no entanto, trata-se de direito de capital importância para que uma pessoa possa ser ouvida, se defender, examinar as testemunhas e ainda valer-se de um intérprete, por isso a jurisprudência entende ser inerente ao direito de defesa.³⁷⁵ A Carta Africana também não o prevê, porém esta falta foi resolvida com a edição dos Princípios do Processo Justo na África.³⁷⁶

Para se fazer presente no julgamento, as autoridades devem notificar sobre a data do julgamento com a antecedência necessária, inclusive sobre eventuais adiamentos. O direito de estar presente pode ser limitado em casos como o de desordem no tribunal, porém é direito do acusado assistir ao julgamento e fazer seus comentários confidenciais com seu defensor, ainda que em outra sala ou por videoconferência.³⁷⁷

Tais restrições devem ser proporcionais e estritamente necessárias. O réu pode renunciar a este direito de estar presente, preferivelmente por escrito, no entanto, tem direito que seu defensor acompanhe todos os atos. Aliás, é direito do réu ter os atos acompanhados pelo seu defensor, mesmo nos casos de revelia. Se houve a notificação apropriada e o réu não comparece, entende-se que ele renunciou ao direito de comparecer. Questão ainda não resolvida é a situação do processo criminal em que o réu encontra-se em outro país em razão de exílio ou extradição.³⁷⁸

³⁷⁵ Ver Corte Europeia: *Hermi v. Itália*, 18114/02, Pleno, 2006, §§58-59; *Sejdovic v. Itália*, 56581/00, Pleno, 2006, §81, *Colozza v. Itália*, 9024/80, 1985, §27.

³⁷⁶ Ver Seção N(6)(c).

³⁷⁷ Com o crescimento da volume de processos e as dificuldades com a locomoção, a videoconferência é uma alternativa cada vez mais considerada para substituir um meio excepcional de fazer-se presente a um julgamento para se tornar mais um meio do exercício normal do direito, tanto que “na adoção de nova forma para esse ato de representação do direito de defesa, pessoal e verbal, restando preservada a liberdade de expressá-lo com autenticidade, não fica modificado quanto à sua finalidade, nem diminuído o direito de defesa, mas sim adequado às circunstâncias dos novos tempos.” *Cfr.* ALMEIDA, José Raul Gavião de. O interrogatório à distância. Tese apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, pp. 152-153.

³⁷⁸ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 156-157.

4.1.2.14 Julgamentos à Revelia

Não há posição de consenso sobre os julgamentos à revelia, porém há tendência de aceitação desses julgamentos em circunstâncias especiais. Conforme o Comentário Geral n. 13, tendo em vista o artigo 14 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, observou-se que “quando, excepcionalmente e por motivos justificados, se realizarem julgamentos à revelia, a rigorosa observância dos direitos de defesa é ainda mais necessária”.³⁷⁹ Os julgamentos à revelia não são necessariamente uma violação ao artigo 14 do Pacto, desde que se exija que o réu tenha sido citado com a antecedência necessária, com o conhecimento dos detalhes das acusações que foram formuladas contra si, sendo obrigação do Estado demonstrar que foram respeitadas as garantias de um processo justo.³⁸⁰

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entende que na interpretação do art. 6º da Convenção Europeia “no seu conjunto demonstraram que o acusado tem direito a participar na audiência”.³⁸¹ No caso *Colozza e Rubinat*, as autoridades italianas rejeitaram um “recurso extemporâneo” assim que o condenado foi capturado em Roma, após ter sido condenado à seis anos de prisão num julgamento realizado à sua revelia. O Tribunal Europeu concordou com o Governo no seguinte: “a impossibilidade de realizar julgamentos à revelia pode paralisar o processo penal uma vez que pode levar, por exemplo, à dispersão dos meios de prova, à prescrição do processo ou a erros judiciais. Contudo, nas circunstâncias do caso, este fato não parece ao Tribunal ser de natureza tal que justifique a perda completa e irreparável do direito de participar na audiência. Quando o direito interno permite a realização do julgamento não obstante a ausência do acusado, que é a posição do Sr. Colozza, essa pessoa deve, logo que tome conhecimento do processo, ter a possibilidade de obter, do tribunal que o ouviu, uma nova decisão sobre a matéria acusatória”. O Tribunal ainda mencionou que “os meios disponibilizados pelo direito interno deverão revelar-se eficazes e o acusado que se encontra na situação do Sr.

³⁷⁹ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 125, § 11.

³⁸⁰ Comunicação n. 699/1996, *A. Maleki v. Itália* (Parecer adotado em 15 de julho de 1999), in documento das Nações Unidas GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 183, §§ 9.2-9.3.

³⁸¹ TEDH, *Caso Colozza c. Itália*, sentença de 12 de fevereiro de 1985, Série A, N. 89, p. 14, § 27.

Colozza não pode ficar com o ônus de provar que não pretendia evadir-se à justiça ou que a sua ausência se deveu a um motivo de força maior.”

Nenhum tribunal criminal internacional está autorizado a conduzir julgamentos à revelia, sendo expressamente proibido pela Seção N(6)(c)(ii) dos Princípios sobre o Processo Justo na África. Nos casos excepcionais em que se aceita o julgamento à revelia, deve-se observar se o réu foi notificado e renunciou ao direito de estar presente, porém, de qualquer forma, seu defensor deve estar presente e o tribunal deve redobrar a atenção aos direitos de defesa do acusado.³⁸² Se a ausência ao julgamento foi causada por motivos fora do controle do réu ou por outros aceitos pelo tribunal e que não tenham ligação alguma com a tentativa de evitar o processo, recomenda-se que o réu tenha direito a um novo julgamento, na sua presença.³⁸³

Este é um tema que a leitura do artigo 14(3)(d) do ICCPR leva à conclusão da proibição dos julgamentos à revelia, porém a jurisprudência os aceita em determinadas circunstâncias, no interesse da justiça, desde que tenha havido a necessária e devida comunicação.³⁸⁴

4.1.2.15 Direito de não se auto-incriminar ou a confessar-se culpado

A proibição de não ser compelido a se auto incriminar é um aspecto fundamental do direito à presunção de inocência e que transfere à acusação a obrigação de provar. Neste aspecto também há especial cuidado com a proibição de utilização da tortura ou maus tratos na obtenção das provas e confissões. Trata-se de proibição que está no centro da noção do processo justo.³⁸⁵

³⁸² Ver *Medenica v. Suíça*, 20491/92, Corte Europeia, 2001, §57.

³⁸³ Ver *Colozza v. Itália*, 9024/80, Corte Europeia, 1985, §29; HRC: *Maleki v. Itália*, UN Doc. CCPR/C/66/D/699/1996, 1999, §9.5; Observações Conclusivas: *Croácia*, UN Doc. CCPR/C/HRV/CO/2, 2009, §11.

³⁸⁴ Ver *Salihk v. Uzbequistão*, HRC, UN Doc. CCPR/C/95/D/1382/2005, 2009, §9.4.

³⁸⁵ Ver Corte Europeia, *John Murray v. Reino Unido*, 18731/91, Pleno, 1996, §45; *Allan v. Reino Unido*, 48539/99, 2002, §44.

O direito de não ser compelido a se auto incriminar é bastante amplo e proíbe todo tipo de coerção, física ou psicológica, direta ou indireta, valendo tanto para as declarações na polícia ou no tribunal. Exemplos de coerção psicológica já foram reconhecidos pela jurisprudência nos casos de *(i)* prisão prolongada sem qualquer comunicação ou detenções secretas³⁸⁶ e *(ii)* encarceramento em solitárias com o objetivo de obter informações.³⁸⁷ As confissões devem ser aceitas se houver certeza de que foram feitas de forma livre e que quem as fez tem consciência das consequências do seu ato.³⁸⁸

4.1.2.16 Proibição da utilização de provas obtidas através de meios ou tratamentos ilícitos

Pelas regras do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no seu art. 69, n. 7 está disposto que “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”.

É importante notar a evidente conexão trazida pelo texto do Estatuto, unindo o processo realizado perante o TPI e as regras de direitos humanos internacionalmente reconhecidas – expressão última que incluem todos os acordos, convenções e tratados existentes e os que ainda poderão ser firmados e – na direção deste trabalho – as regras que resultarem da jurisprudência dos tribunais de direitos humanos.

Como um objetivo traçado, pode ser citada a declaração do Comitê dos Direitos do Homem quanto no caso das violações do artigo 7º do Pacto Internacional, no sentido de ser “importante para desencorajar as violações do art. 7º que a lei proíba a admissibilidade, em

³⁸⁶ Ver Relatório Especial sobre Direitos Humanos e Contra-terrorismo, UN Doc. A/63/233, 2008, §§33, 45(d); *Asencios Lindo e outros v. Peru*, 11.182, Comissão Interamericana, 2000, §§97-103.

³⁸⁷ Ver Relatório Especial sobre Tortura, UN Doc. A/66/268, 2011, §73.

³⁸⁸ Ver *Jean Kambanda v. Promotora*, ICTR-97-23-A, ICTR Câmara de Apelação, 2000, §61.

processos judiciais, de declarações ou confissões obtidas através da tortura ou outros tratamentos proibidos”.³⁸⁹

As regras excludentes das provas obtidas por meios legalmente não aceitos estão previstas em quase todos os textos internacionais e, mesmo naqueles em que não há expressa previsão, como na Convenção Europeia, a jurisprudência determinou sua exclusão justamente por violar o direito ao processo justo.³⁹⁰

A interpretação é bastante ampla, tanto que a Corte Interamericana determina a exclusão de provas obtidas sob qualquer tipo de coerção, inclusive a terceiros, como testemunhas ou para outras provas que devirem de informações obtidas por coerção.³⁹¹

A proibição de utilizar tais provas deve ser consistente com o direito de recorrer quando tais provas são efetivamente utilizadas, por isso, não se aceita que seja o réu a provar que a confissão ou declaração tenha sido obtida mediante coerção³⁹², bem como a repetição do depoimento diante de autoridades diferentes não representa automática prova de que o depoimento foi obtido livremente.³⁹³

4.1.2.17 Direito de convocar, interrogar ou fazer interrogar testemunhas

É condição de igualdade, prevista no artigo 14, n. 3, alínea e) do Pacto Internacional que qualquer pessoa acusada de um crime terá direito a “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições das testemunhas de acusação”. Disposição semelhante pode ser encontrada no art. 6º, n. 3, alínea d) da Convenção Europeia dos

³⁸⁹ Vide Comentário Geral n. 20, in Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 141, § 12.

³⁹⁰ Ver *Harutyunyan v. Armênia*, 36549/03, 2007, Corte Europeia, §§63-66; *Levinta v. Moldova*, 17332/03, 2008, §100; *Stanimirovic v. Sérvia*, 26088/06, 2011, §52.

³⁹¹ Ver *Cabrera-Garcia e Montiel Flores v. México*, Corte Interamericana, 2010, §§166-167.

³⁹² Ver *Singarasa v. Sri Lanka*, HRC, UN Doc. CCPR/C/81/D/1033/2001, 2004, §§3.7, 7.4; *Cabrera-Garcia e Montiel Flores v. México*, Corte Interamericana, 2010, §§176-177.

³⁹³ Ver Corte Europeia: *Harutyunyan v. Armênia*, 36549/03, 2007, §§65-66; *Stanimirovic v. Sérvia*, 26088/06, 2011, §52.

Direitos do Homem, sendo que o art. 8º, n. 2, alínea f) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra o “direito da defesa de exigir o comparecimento como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. O art. 20, n. 4, alínea e) e o artigo 21, n. 4, alínea e) dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a Ruanda e para ex-Iugoslávia, respectivamente, têm redação semelhante à do Pacto Internacional nesta matéria.³⁹⁴

Conforme o Comitê dos Direitos do Homem, o art. 14, n. 3, alínea e) “não confere um direito ilimitado a obter ao comparecimento das testemunhas solicitadas pelo acusado ou seu defensor”, sendo que tais dispositivos não restam violados ante a recusa em convocar uma testemunha sobre fatos que não apresentam relação com o caso em análise.³⁹⁵

O Estado não é responsável pela falta de convocação de testemunhas importantes para a defesa, pois o Comitê entende que o Estado “não pode ser responsabilizado por alegados erros do [advogado] a menos que fosse ou devesse ter sido manifesto para o juiz que o comportamento do advogado era incompatível com os interesses da justiça.”³⁹⁶

No caso em que não houve a intimação de três testemunhas que poderiam fornecer um alibi para o réu, o Comitê observou não resultar aparentemente “do material perante [si] e da transcrição do julgamento que a decisão do advogado de não convocar testemunhas não tenha sido tomada no exercício do seu juízo profissional”, situação na qual não houve violação do art. 14, n. 3, alínea e).³⁹⁷

Tem-se um padrão sobre a não convocação de testemunhas em que dois pontos sobressaem para que o Comitê não conclua pela ocorrência de violação ao art. 14, n. 3, alínea b) ou e): (1) quanto não existe indicação de que o autor ou o seu advogado se queixaram ao juiz de não terem disposto do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa, e (2) não existem provas “de que a decisão do advogado de não convocar testemunhas não foi tomada no exercício do seu juízo profissional ou de que, tendo sido

³⁹⁴ Capítulo 7 – Direito a um processo justo: Parte II – Do julgamento à sentença final, p. 225.

³⁹⁵ Comunicação n. 237/1987, D. Gordon v. Jamaica (Parecer adotado em 5 de novembro de 1992), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 10, § 6.3.

³⁹⁶ Comunicação n. 610/1995, Henry v. Jamaica (Parecer adotado em 20 de outubro de 1998), in documento das Nações Unidas GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 50, § 7.4.

³⁹⁷ Comunicação n. 615/1995, B. Young v. Jamaica (Parecer adotado em 4 de novembro de 1997), in documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. II), pp. 74-75, § 5.5.

requerida a convocação de testemunhas, o juiz a recusou”, o Comitê tem relutância em concluir pela violação do art. 14, n. 3, alíneas b) ou e).³⁹⁸ Em outro caso, os nn. 3, alínea e) e 5 do artigo 14 foram violados porque o tribunal nacional recursou “ordenar um depoimento pericial de importância crucial para o caso”.³⁹⁹

A jurisprudência é a fonte comum em matéria de *standards* do processo justo e por isso, os instrumentos internacionais, ainda que deficientes nas suas previsões, podem ser interconectados e produzir soluções em que as decisões dos vários tribunais tecem uma trama jurídica nova, que produz novas soluções indicativas da proteção da dignidade humana no processo. Assim é que, invocando a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos defende que “uma das prerrogativas do acusado deverá ser a possibilidade de interrogar ou fazer interrogar testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório de testemunhas de defesa, nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.⁴⁰⁰

No caso Castillo Petruzzi et al., o art. 8º, n. 2, alínea f) da Convenção Americana foi violado uma vez que a lei aplicada no processo judicial em causa “não permitiu o contra-interrogatório das testemunhas cujo depoimento constituía a base das acusações dirigidas contra as alegadas vítimas. O problema criado pela impossibilidade de contra-interrogar os agentes policiais e militares foi agravado (...) pelo fato de os suspeitos só terem sido autorizados a receber aconselhamento jurídico depois de terem prestado declarações à polícia”, situação que “deixou os advogados de defesa sem quaisquer meios para refutar os elementos de prova compilados e registrados no relatório de inquérito elaborado pela polícia”.⁴⁰¹

O Comitê também constatou a violação ao art. 14, n. 3, alínea e) no caso Reid, em que o Estado Parte não negou “a alegação do autor segundo a qual o tribunal não havia concedido ao advogado o mínimo de tempo suficiente para preparar o interrogatório das

³⁹⁸ Comunicação n. 356/1989, T. Collins v. Jamaica (Parecer adotado em 25 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), pp. 88-89, § 8.1.

³⁹⁹ Comunicação n. 480/1991, J. L. Garcia Fuenzalida v. Ecuador (Parecer adotado em 12 de julho de 1996), in documento das Nações Unidas GAOR, A/51/40 (vol. 11), p. 55, § 9.5.

⁴⁰⁰ TIADH, Caso Castillo Petruzzi et al. c. Peru, sentença de 30 de maio de 1999, Série C, N. 52, p. 205, § 154; quanto à jurisprudência europeia, vide TEDH, Caso Barberà, Messegué e Jobardo, sentença de 6 de dezembro de 1998, Série A, N. 146 e TEDH, Caso Bönisch, sentença de 6 de maio de 1985, Série 92.

⁴⁰¹ TIADH, Caso Castillo Petruzzi et al. c. Peru, sentença de 30 de maio de 1999, Série C, N. 52, p. 205, § 153 e 156.

testemunhas”. O autor alegou que o defensor dativo apenas lhe tinha sido nomeado no dia de início do julgamento e que o juiz de julgamento tinha recusado um adiamento que permitiria ao advogado discutir o caso com o seu cliente, situação em que o advogado “não estava minimamente preparado” e que havia dito ao autor “que não sabia que questões devia colocar às testemunhas”.⁴⁰²

No caso Delta, o Tribunal Europeu entendeu que “em princípio, a prova deve ser produzida na presença do arguido, em audiência pública, a fim de permitir o contraditório. Isto não significa, contudo, que, para que sejam utilizados como prova, os depoimentos de testemunhas devam ser sempre prestados em audiência pública no tribunal: a utilização como prova de depoimentos colhidos na fase prévia ao julgamento não é em si mesma incompatível com os nn. 3, alínea d) e 1 do art. 6º, desde que os direitos de defesa tenham sido respeitados. Em regra, estes direitos exigem que o acusado tenha a possibilidade de interrogar e contra-interrogar devida e adequadamente a testemunha de acusação, no momento em que esta presta o seu depoimento ou numa fase posterior do processo [...]”.⁴⁰³ Para o Tribunal Europeu, no caso Delta, o requerente foi condenado com base no depoimento prestado na fase de inquérito policial por testemunhas cuja credibilidade nem o requerente e nem o seu advogado puderam impugnar, considerou ter havido violação do direito a um julgamento justo consagrado no art. 6º, n. 1 e 3, alínea d) da Convenção.

A leitura em voz alta de depoimento de testemunhas que não comparecem ao tribunal para submeter-se ao contraditório podem ser interpretadas como violadoras do artigo 6º, nn. 1 e 3, alínea d) da Convenção, eis que “a utilização que lhes foi dada como prova deverá no entanto respeitar os direitos da defesa, que o art. 6º, tem por objeto e finalidade proteger.” Este ponto foi reconhecido como importante porque o acusado não teve “a oportunidade, em qualquer fase anterior do processo, de questionar as pessoas cujos depoimentos [foram] lidos em voz alta na audiência.”⁴⁰⁴

Se a leitura de depoimento não for a única prova a servir de fundamento da decisão, não se entende ter havido violação a um julgamento justo (disposições combinadas do art.

⁴⁰² Comunicação n. 250/1987, C. Reid v. Jamaica (Parecer adotado em 20 de julho de 1990), in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 91, § 11.3 lido em conjunto com p. 87, § 4.

⁴⁰³ TEDH, Caso Delta c. França, sentença de 19 de dezembro de 1990, Série A, N. 191-A, p. 16, § 36.

⁴⁰⁴ TEDH, Caso Unterperthinger c. Áustria, sentença de 24 de novembro de 1986, Série A, N. 110, pp. 14-15, § 31.

6º, n. 1 e n. 3, alínea d).⁴⁰⁵ Pela jurisprudência do Tribunal Europeu, o termo “testemunhas” constante do art. 6º, n. 3, alínea d) “deve ser interpretado autonomamente”, podendo abranger também, por exemplo, depoimentos prestados a agentes policiais por pessoas que não produzam “prova direta” em tribunal.⁴⁰⁶

4.1.2.18 Anonimato das testemunhas

A questão do anonimato das testemunhas é mais uma das situações em que a solução é construída no conjunto dos blocos de regras que cuidam do processo justo. Por não ser regulada nos principais tratados de direitos humanos, vão se colher subsídios para as soluções concretas nas regras de processo e provas dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e ex-Iugoslávia.

Quanto ao anonimato das testemunhas, busca-se a Regra 69 das Regras de Processo e Prova dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para ex-Iugoslávia que trata da “Proteção de Vítimas e Testemunhas”. A Regra 69, no caso do Tribunal para Ruanda, tem a seguinte redação: “(A) Em circunstâncias excepcionais, qualquer das partes pode requerer a uma Câmara de Primeira Instância que ordene a não divulgação da identidade de uma vítima ou testemunha que possa estar em perigo ou em risco, até ao momento em que a Câmara decida em contrário. (B) Na determinação das medidas de proteção de vítimas e testemunhas, a Câmara de Primeira Instância poderá consultar a Unidade de Apoio a Vítimas e Testemunhas. (C) Sem prejuízo do disposto na Regra 75, a identidade da vítima ou da testemunha será divulgada com suficiente antecedência relativamente ao julgamento para permitir que a acusação e a defesa disponham de tempo suficiente para se prepararem.”

⁴⁰⁵ TEDH, Caso *Asch c. Áustria*, sentença de 26 de abril de 1991, Série A, N. 203, p. 11, §§ 30-31.

⁴⁰⁶ Vide, por exemplo, TEDH, Caso *Windisch c. Áustria*, sentença de 27 de setembro de 1990, Série A, N. 186, pp. 9-10, § 23.

A Regra 69 das Regras de Processo e Prova do Tribunal para ex-Iugoslávia tem uma redação semelhante, mas traz ligeiras diferenças: “(A) Em circunstâncias excepcionais, o Procurador pode requerer a uma Câmara de Primeira Instância que ordene a não divulgação da identidade de uma vítima ou testemunha que possa estar em perigo ou em risco, até ao momento em que a pessoa seja colocada sob a proteção do Tribunal. (B) Na determinação das medidas de proteção de vítimas e testemunhas, a Câmara de Primeira Instância poderá consultar a Seção de Vítimas e Testemunhas. (C) Sem prejuízo do disposto na Regra 75, a identidade da vítima ou a da testemunha será divulgada com suficiente antecedência relativamente ao julgamento para permitir que a defesa disponha de tempo suficiente para se preparar.”

A Regra 75 (A) das Regras de Processo do Tribunal para a ex-Iugoslávia versa sobre “Medidas para a Proteção de Vítimas e Testemunhas” e permite que um juiz ou uma Câmara de Primeira Instância “*proprio motu* ou a requerimento de qualquer das partes, ou da vítima ou testemunha em causa, ou da Seção de Vítimas e Testemunhas [ordene] a adoção de medidas adequadas para a privacidade e proteção de vítimas e testemunhas, desde que as medidas sejam compatíveis com os direitos do acusado”. A Regra 75 (A) do Tribunal para a Ruanda é quase idêntica, porém, ao invés disso, refere-se à “privacidade e segurança” das vítimas e testemunhas. O parágrafo (B) da Regra 75, em ambos os casos, trata das medidas que o Tribunal pode adotar, em sessão à porta fechada, a fim de proteger o direito à privacidade e proteção e segurança das vítimas e testemunhas. Estas medidas incluem: a) a eliminação de nomes e elementos de identificação dos registros públicos da Câmara ou Tribunal; b) A não divulgação pública de quaisquer registros que identifiquem a vítima; c) A prestação de depoimento através de dispositivos de alteração de imagem – ou da voz – em circuito fechado de televisão; d) A atribuição de um pseudônimo; e) Sessões à porta fechada, e e) Medidas adequadas para facilitar o depoimento de vítimas e testemunhas vulneráveis, tais como um circuito de televisão fechado e unidirecional.

Pelas Regras de Processo destes dois Tribunais, o princípio orientador é o de que as medidas de proteção de vítimas e testemunhas deverão ser “compatíveis com os direitos do acusado” e, para este efeito, não podem prever o anonimato permanente das vítimas ou das testemunhas nem entre as próprias partes, sendo necessária a revelação da identidade com antecedência suficiente para que as partes se preparem. Essa abordagem oferece uma

solução interessante para problemas difíceis de segurança, salvaguardando ao mesmo tempo o direito a uma efetiva defesa.⁴⁰⁷

No caso Kostovski, examinado à luz do art. 6º, n. 1 e n. 3, alínea d) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, duas testemunhas foram ouvidas pela polícia e, num dos casos, também pelo promotor, mas não foram ouvidas nos julgamentos do requerente. Não só as testemunhas “não foram ouvidas nos julgamentos como as suas declarações foram recolhidas [...] na ausência do Sr. Kostovski e do seu advogado” e, por isso, “não puderam em nenhuma fase ser questionadas por ele ou em seu nome”.⁴⁰⁸ A defesa teve, a possibilidade de colocar questões por escrito “indiretamente através do promotor”, mas “a natureza e o âmbito das questões que podia colocar [...] estavam consideravelmente limitados devido à decisão de manter o anonimato dos autores das declarações”. Este fato “agravou as dificuldades do requerente” uma vez que “se a defesa desconhecer a identidade da pessoa que procura interrogar, pode ser privada dos detalhes concretos que lhe permitiriam demonstrar que a pessoa é tendenciosa, hostil ou não mereça credibilidade”. Na opinião do Tribunal Europeu, “os perigos inerentes a tal situação são óbvios”, e prossegue: “embora o aumento do crime organizado exija sem dúvida a introdução de medidas adequadas, as alegações do Governo parecem ao Tribunal não atribuir importância suficiente àquilo que o advogado do requerente descreveu como o interesse de todos numa sociedade civilizada por um processo judicial justo. O direito a uma justa administração da justiça tem um papel de tal forma importante numa sociedade democrática [...] que não admite concessões. A Convenção não impede o recurso, na fase de inquérito criminal, a fontes como informantes anônimos. Contudo, a ulterior utilização de declarações anônimas como prova suficiente para basear uma condenação, como acontece no caso presente, é uma questão diferente. Implica restrições aos direitos de defesa que são incompatíveis com as garantias consagradas no art. 6º. Com efeito, o Governo admitiu que a condenação do requerente se baseou numa medida decisiva nos depoimentos anônimos.”⁴⁰⁹ Daqui decorreu a decisão de que foram violados o art. 6º, n. 3, alínea d), considerado em conjunto com o art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia.

⁴⁰⁷ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 229.

⁴⁰⁸ TEDH, Caso Kostovski c. Países Baixos, sentença de 20 de setembro de 1989, Série A, N. 166, p. 20, § 42.

⁴⁰⁹ TEDH, Caso Kostovski c. Países Baixos, sentença de 20 de setembro de 1989, Série A, N. 166, p. 21, § 44.

4.1.2.19 Direito à assistência gratuita de um intérprete

A previsão legislativa é a seguinte: (i) nos termos do art. 14, n. 3, alínea f) do Pacto e do artigo 6º, n. 3, alínea e) da Convenção Europeia, todo o arguido tem direito “a fazer-se assistir gratuitamente de um intérprete, se não compreender ou não falar a língua utilizada no tribunal”; (ii) O art. 8º, n. 2, alínea a) da Convenção Americana garante o “direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal”; (iii) Os artigos 20, n. 4, alínea f) e 21, n. 4, alínea f) dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a Ruanda e para a ex-Iugoslávia, respectivamente, preveem também o direito do arguido que não compreenda nem fale a língua utilizada por esses Tribunais a “ser assistido gratuitamente por um intérprete”.⁴¹⁰

Para o Comitê dos Direitos do Homem, a assistência gratuita de um intérprete é um direito “de importância fundamental nos casos em que a ignorância da língua utilizada pelo tribunal ou dificuldade na sua compreensão possam constituir um obstáculo importante ao direito de defesa”, sendo ainda um direito que “é independente do desfecho do processo e se aplica a cidadãos estrangeiros, bem como a nacionais”.⁴¹¹ Os serviços de interpretação devem estar disponíveis “se o acusado ou as testemunhas de defesa tiverem dificuldades em compreender ou se expressar na língua utilizada pelo tribunal.”⁴¹² Neste caso, o Comitê decidiu que não constitui violação do artigo 14 o fato de os Estados Partes admitirem a utilização de apenas uma língua oficial em juízo e a exigência de um julgamento justo não “obriga os Estados Partes a garantirem serviços de interpretação a um cidadão cuja língua materna seja diferente da língua oficial do tribunal, desde que esse cidadão seja capaz de se expressar de forma adequada na língua oficial”. Ou seja o direito a um processo justo consagrado no art. 14, n. 1, lido em conjunto com o artigo 14, n. 3, alínea f) do Pacto, “não implica que ao arguido seja garantida a possibilidade de se expressar na língua que fala normalmente ou que fala mais facilmente”; pelo contrário, “se o tribunal estiver certo”,

⁴¹⁰ Direitos humanos na administração da justiça..., p. 230.

⁴¹¹ Comentário Geral n. 13 (Artigo 14), in Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 125, § 13.

⁴¹² Comunicação n. 219/1986, D. Guesdon v. França (Parecer adotado em 25 de julho de 1990), in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 67, § 10.2.

como estava neste caso, “de que o arguido conhece suficientemente bem a língua utilizada pelo tribunal, não lhe é exigido que apure se seria preferível que o arguido se exprimisse numa outra língua que não a do tribunal.”

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao interpretar o art. 6º, n. 3, alínea e) da Convenção Europeia, considerou que o termo “gratuitamente” traduz “uma isenção ou exoneração definitiva”.⁴¹³ Na sua opinião, “seria contrário, não apenas ao significado corrente [do termo] gratuitamente”, mas também “ao objeto e finalidade” do art. 6º, e em particular do artigo 6º, n. 3, alínea e), “se este último parágrafo se visse reduzido à garantia de um direito a uma isenção temporária de pagamento – não impedindo os tribunais nacionais de imputarem as despesas de interpretação à pessoa condenada – uma vez que o direito a um processo justo que o art. 6º procura salvaguardar seria ele próprio negativamente afetado”. Consequentemente, neste caso em que os tribunais da República Federal da Alemanha imputaram aos requerentes despesas de interpretação, o Tribunal considerou ter havido violação do art. 6º, n. 3, alínea e) da Convenção.

4.1.2.20 Direito à fundamentação da sentença

O direito à fundamentação da sentença é outro bom exemplo de uma faceta do processo justo que foi construída, pois não se encontram expressamente referidos nos principais tratados de direitos humanos, porém o direito à fundamentação da sentença é inerente às disposições relativas a um “processo justo”, especialmente sob o ponto de vista do direito a um julgamento público. Os artigos 22, n. 2 e 23, n. 2 dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para ex-Iugoslávia, respectivamente, estipulam ambos que as sentenças destes Tribunais “ser[ão] reduzida[s] a escrito e fundamentada[s], podendo ser-lhe[s] apenas declarações individuais ou votos de vencido”. De acordo com o artigo 74, n. 5 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a decisão do juízo de julgamento em 1ª instância “será proferida por escrito e conterá uma

⁴¹³ TEDH, Caso Luedicke Belkacem e Koç, sentença de 28 de novembro de 1978, Série A, N. 29, § 40, p. 17.

exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do juízo de julgamento em 1^a. instância”.

O Comitê dos Direitos do Homem tem analisado inúmeras reclamações relativas à falta de fundamentação das decisões dos tribunais. Estas reclamações têm sido examinadas à luz do disposto no artigo 14, n. 3, alínea c) e n. 5 do Pacto, os quais “devem ser lidos em conjunto, para que o direito à revisão da condenação e da sentença possa ser exercido sem demora”. De acordo com a jurisprudência do Comitê (baseada no artigo 14, n. 5): “uma pessoa condenada tem o direito a dispor, num prazo razoável, de acesso a uma sentença escrita, devidamente fundamentada, para todas as instâncias de recurso a fim de poder exercer efetivamente o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença em conformidade com a lei”.⁴¹⁴

No caso Francis, o autor havia sido condenado à morte, e o Tribunal de Recurso não tinha ainda elaborado uma sentença escrita decorridos mais de nove anos desde a rejeição do recurso, atraso este que não podia evidentemente ser considerado razoável e que violou o artigo 14, n. 3, alínea c) e n. 5 do Pacto.⁴¹⁵

O problema do atraso na elaboração de sentenças escritas tem em muitos casos impedido que os presos na Jamaica possam exercer o seu direito de recurso para o órgão competente.

Sobre a completude ou minudência da fundamentação, de acordo com a jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, considerando-se que a fundamentação é “um princípio associado a uma boa administração da justiça, as sentenças dos tribunais deverão indicar devidamente as razões em que se baseiam.” No entanto, a “medida em que se aplica este dever de fundamentação pode variar em função da natureza da decisão e deverá ser determinada à luz das circunstâncias do caso”.⁴¹⁶ O artigo 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem obriga “os tribunais a fundamentar as suas decisões”, porém não pode ser entendido como exigência para que

⁴¹⁴ Comunicação n. 320/1988, V. Francis v. Jamaica (Parecer adotado em 24 de Março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 66, § 12.2.

⁴¹⁵ Comunicação n. 320/1988, V. Francis v. Jamaica (Parecer adotado em 24 de Março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 66, § 12.2. Vide também, por exemplo, a Comunicação n. 282/1988, L. Smith v. Jamaica (Parecer adotado em 31 de março de 1993), *ibid*, p. 35, § 10.5.

⁴¹⁶ TEDH, Caso García Ruiz c. Espanha, sentença de 21 de janeiro de 1999, Relatórios de 1999-I, p. 97, § 26.

“seja dada uma resposta detalhada a cada argumento”. Consequentemente, um tribunal pode assim “ao rejeitar um recurso, [...] limitar-se a endossar a fundamentação da decisão do tribunal inferior”. No caso *García Ruiz*, o autor queixou-se de que a Audiência Provincial de Madrid não tinha dado qualquer resposta aos seus argumentos. Contudo, o Tribunal Europeu constatou que o requerente “tinha se beneficiado de um processo contraditório” e que, nas diversas fases deste processo, “pôde apresentar os argumentos que considerou relevantes para o caso”; assim, tanto a “fundamentação fática como a fundamentação jurídica da decisão da primeira instância que rejeitou a sua pretensão foram enunciadas de forma desenvolvida.” Quando à sentença da Audiência Provincial em sede de recurso, “endossou as conclusões de fato e a fundamentação jurídica enunciadas na sentença proferida em primeira instância na medida em que não conflitassem com as suas próprias conclusões”, por consequência, o requerente não podia “alegar validamente que a sua sentença carecia de fundamentação, embora no caso presente pudesse ter sido desejável uma fundamentação mais substancial.”

No caso *Zoon*, examinado à luz do disposto no artigo 6º, n. 1 e n. 3, alínea b) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o requerente alegou não ter obtido uma cópia integral da sentença escrita do tribunal de primeira instância até o final do prazo disponível para a interposição de recurso. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu que tal fato não violava a Convenção, pois um exemplar da versão reduzida da sentença estava disponível para consulta na secretaria do Tribunal Regional e a defesa teria recebido uma cópia se tivesse solicitado; pelo menos a parte dispositiva da sentença tinha sido lida em público na presença do advogado do requerente. O Tribunal não tomou posição quanto à prática, corrente nos Países Baixos, de elaborar versões reduzidas das sentenças que apenas são completadas com uma versão estendida caso seja interposto recurso. Neste caso o Tribunal não entendeu pelas violações alegadas e nem que o direito de defesa tivesse sido “indevidamente afetados pela ausência de uma sentença completa”.⁴¹⁷

⁴¹⁷ TEDH, *Caso Zoon c. Países Baixos*, sentença de 7 de dezembro de 2000, §§ 39-51 do texto da sentença conforme publicado na página do Tribunal: <http://www.echr.coe.int/>.

Um julgamento razoavelmente fundamentado costuma apresentar as descobertas essenciais sobre os fatos, mencionar as provas, a fundamentação legal e as conclusões⁴¹⁸, sendo que um julgamento suficientemente arrazoado deve prover informações suficientes sobre a sua fundamentação legal de forma a que o acusado entenda as razões de sua condenação. Quando o julgamento é feito por juízes profissionais, a sentença deve mencionar os fatos e alegações essenciais para cada aspecto do processo e, ainda que não haja necessidade de minudente detalhamento para cada argumento, atenção cuidadosa deve ser dada ao testemunho que identifica o autor do crime.⁴¹⁹ Se o julgamento é realizado por jurados que não podem ou não precisam justificar, os questionamentos e orientações devem ser preparados sob o controle de juízes justamente para evitar imprecisões ou parcialidades na condução das respostas.⁴²⁰

A motivação da sentença atende a exigência das partes e do público em conhecer as razões da decisão e também de apreciar sua consistência lógica, além de ser um exercício para convencer o leitor de que houve empenho do juiz para que a decisão tenha sido a mais justa possível. Também atende a exigência de que o juiz tenha examinado os argumentos e fatos apresentados pelas partes e tenha considerado tais argumentos como influência para sua decisão, no entanto, não houve uma preocupação maior diante da ausência da fundamentação das decisões do júri, sendo que a própria Corte Européia entende a garantia da fundamentação como satisfeita pelo modo como o júri opera⁴²¹, preferindo porém, como se viu acima, o controle na atividade das partes e dos juízes ao preparar os questionamentos ao júri.

⁴¹⁸ Ver Princípios do Processo Justo na África, seções A(2)(i) e N(3)(e)(vii) e Artigo 74(5) do Estatuto do ICC.

⁴¹⁹ Ver *Promotora v. Kvočka e outros* (IT-98-30/1-A), Câmara de Apelação ICTY, (28 de fevereiro de 2005), §24.

⁴²⁰ Ver *Taxquet v. Bélgica*, (926/05), Pleno da Corte Europeia, (2010), §92. Neste julgamento, em particular, os questionamentos dirigidos ao júri não permitiram que o acusado soubesse sobre qual prova e circunstância fatuais a condenação foi baseada e nem por quais motivos houve maior pena para um e não para alguns dos outros acusados. A Mesma Corte Europeia entendeu que os 768 questionamentos, apresentados tanto pela defesa como pela acusação, ao júri foram suficientemente precisos e respondidos (em 19 horas) na condenação dada pelo júri no caso *Papon v. França* (54210/00), 15 de novembro de 2001. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 173-174.

⁴²¹ *Cfr.* Mario Chiavario, *Diritto ad un processo equo in* BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Liberta Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 198.

4.1.2.21 A fundamentação da sentença em casos de pena de morte

O Comitê dos Direitos do Homem tem afirmado “que em todos os casos e especialmente nos casos de pena de morte, o arguido tem direito a um processo de julgamento e recurso sem demora excessiva, qualquer que possa vir a ser o desfecho do processo judicial”⁴²² e, sempre que a inexistência de uma sentença fundamentada privou o autor do seu direito de recurso, o Comitê considerou que o art. 14, n. 3, alínea c) e n. 5 tinham sido violados.

Tais violações têm, como consequência, a violação do direito à vida protegido pelo artigo 6º do Pacto uma vez que, de acordo com o Comentário Geral n. 6, decorre expressamente do artigo 6º que a pena de morte “[...] só pode ser imposta em conformidade com a legislação em vigor no momento da prática do crime e que não seja contrária ao Pacto. As garantias processuais neste consagradas deverão ser observadas, incluindo o direito a um julgamento justo por um tribunal independente, a presunção de inocência, as garantias mínimas de defesa e o direito de revisão da sentença por um tribunal superior. Estes direitos são aplicáveis em cumulação com o direito específico de solicitar o perdão ou a comutação da pena”.⁴²³

Quando a “sentença final de condenação à morte” é “proferida sem que estejam cumpridas as exigências” do artigo 14, existe também violação ao artigo 6º do Pacto, cujo n. 2 estabelece que uma sentença de morte não pode ser pronunciada “em contradição com as disposições do presente Pacto”.⁴²⁴

A Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos considerou, de forma semelhante, que a execução de 24 soldados constituiu uma “privação arbitrária” do seu direito à vida conforme garantido pelo artigo 4º da Carta Africana dos Direitos do Homem

⁴²² Comunicação n. 356/1989, T. Collins v. Jamaica (Parecer adotado em 25 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, § 8.3.

⁴²³ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, pp. 115-116, § 7. Vide também a Comunicação n. 356/1989, T. Collins v. Jamaica (Parecer adotado em 25 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, § 8.4.

⁴²⁴ Comunicação n. 356/1989, T. Collins v. Jamaica (Parecer adotado em 25 de março de 1993), in documento das Nações Unidas GOAR, A/48/40 (vol. II), p. 89, § 8.4.

e dos Povos, dado que o respectivo julgamento violou as garantias de um processo justo consagradas no artigo 7º, n. 1, alínea a) da Carta.⁴²⁵

Há que ser observada a fundamentação com maior rigor nos casos de pena de morte, pois, em resumo, os tribunais deverão sempre fundamentar as suas decisões, embora possam não ter de responder a cada um dos argumentos apresentados pelo acusado. A pessoa condenada tem direito a receber uma sentença fundamentada num prazo razoável; esta sentença é essencial para o exercício do direito de interposição de recurso. A rigorosa observância destes direitos é particularmente importante nos casos de pena de morte.⁴²⁶

4.1.2.2 Proibição da lei penal retroativa – princípio “*nullum crimen sine lege*”

É direito de qualquer acusado observar-se, no processo criminal, a proibição de penalizar retroativamente certos comportamentos que, ao tempo em que foram cometidos, não eram considerados crimes, por leis locais ou internacionais, como resulta dos artigos 11(2) da Declaração Universal; artigo 15 do ICCPR; artigo 19(1) da Convenção dos Trabalhadores Migrantes; artigo 7(2) da Carta Africana; artigo 9 da Convenção Americana; artigo 15 da Carta Árabe; artigo 7 da Convenção Europeia; Seção N7(a) dos Princípios do Processo Justo na África e artigo 22 do Estatuto do ICC. Além disso, pelo art. 4º, n. 2 do Pacto Internacional, do artigo 27, n. 2 da Convenção Americana e do artigo 15, n. 2 da Convenção Europeia, a proibição da retroatividade da lei penal é inderrogável e dever ser aplicada mesmo nas mais graves situações de emergência.⁴²⁷ O entendimento do que seja o crime, neste aspecto, inclui os atos previstos pela legislação local, independente de ser leis escritas ou construídas pela interpretação, como no caso da *common law*, bem

⁴²⁵ CADHP, Forum of Conscience (on behalf of 24 soldiers) v. Sierra Leone, Comunicação n. 223/98, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, § 19 do texto da decisão conforme publicada em: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/223-98.html>.

⁴²⁶ Capítulo 7 – Direito a um processo justo: Parte II – Do julgamento à sentença final, p. 233.

⁴²⁷ Direito humanos na administração da justiça..., p. 234.

como atos e omissões criminalizadas por tratados internacionais ou leis consuetudinárias internacionais.⁴²⁸

Com o objetivo de evitar-se acusações, condenações e punições arbitrárias, nos crimes continuados, como no desaparecimento forçado, o crime deve ser considerado aquele definido na lei antes que o crime se complete, ou seja, o crime é considerado em curso até que se descubra a localização da vítima.⁴²⁹

O Comitê dos Direitos do Homem decidiu pela violação do artigo 15, n. 1 do Pacto num caso em que o autor tinha sido condenado a oito anos de prisão por “associação subversiva”, embora os atos em causa fossem legais no momento em que foram praticados.⁴³⁰

É possível entender este princípio como “regra de leniência” (do inglês “rule of lenity”) em que a diferença da lei criminal aplicável ao tempo do crime, em relação à lei mais branda modificada antes do julgamento final, o tribunal deve aplicar a lei mais favorável ao acusado.⁴³¹

Aplicar a lei penal vigente, aplicar a lei mais branda são práticas que se referem ao respeito ao princípio da legalidade que, no âmbito das cortes internacionais, no aspecto criminal, ganha especial relevo. O acusado deve poder entender o texto legal, como interpretado pelas cortes, sobre quais atos ou omissões podem fazer dele responsável criminalmente.⁴³²

⁴²⁸ Ver Corte Europeia: Veeber v. Estônia, No 2(45771/99), (2003), §§37-39; Koberly v. Hungria (9174/02), Pleno (2008); §§69-96; De La Cruz-Flores v. Peru, Corte Interamericana (2004), §§104-109, 110-114; Dawda Jawara v. Gambia (147/95 e 149/96); Cantoni v. França (17862/91), (1996), §29; Kolk e Kislyly v. Estônia (23052/04 e 24018/04), (2006); Baumgarten v. Alemanha, HRC, UN Doc. CCPR/C/78/D/960/2000, (2003), §9.3-9.5; Decisão Interlocutória sobre a lei aplicável (STL-Li-0111), Câmara de Apelação do Tribunal Especial para o Líbano, 16 de fevereiro de 2011, §133. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 138.

⁴²⁹ Ver Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Corte Interamericana (2000), §128; Pleno Corte Europeia: Vernava e outros v. Turquia (16064/90-16066/90 e 16068/90-16073/90), (2009), §148. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 139.

⁴³⁰ Comunicação N. R.7/28, I. Weinberger v. Uruguay (Parecer adotado em 29 de outubro de 1980), in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 119, § 16.

⁴³¹⁴³¹ Ver Cochet v. França, HRC, UN Doc. CCPR/C/100/D/1760/2008 (2010), §7.2-7.4. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 139.

⁴³² Corte Europeia: Kokkinakis v. Grécia (14307/88), (1993), §52; S.W. v. Reino Unido (20166/92), (1995), §§34-36; Koberly v. Hungria (9174/02), Pleno (2008), §§69-70; Promotoria v. Mitar Vasiljević, (IT-98-32-T), ICTY Trial Chamber (29 de novembro de 2002), §§201-204; Promotoria v. Zlatko Aleksovski (IT-95-14/1-A), ICTY Câmara de Apelação, 24 de março de 2000, §§126-127. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 139.

A regra que define o crime não pode ser vaga, deve ser construída de forma estrita, sem extensões pela analogia e, se houver ambiguidade, deve ser interpretada em favor do acusado. Se o acusado precisar eventualmente de aconselhamento legal, isso não significa que a regra é vaga⁴³³.

A aplicação do princípio da legalidade, impõe que a acusação se refira corretamente sobre a fundamentação legal, não se admitindo a descrição de fatos que não confirmem com os fatos descritos na legislação citada na acusação, bem como determina que a acusação prove cada elemento do crime mencionado na tipo legal.⁴³⁴

A Corte Interamericana já observou que uma clara definição da conduta criminalizada, estabelece seus elementos e fatores que distinguem o crime de outros atos que não seriam puníveis ou que pudessem ser puníveis sem a detenção. Isso porque a ambiguidade cria dúvidas e a oportunidade para o abuso do poder.⁴³⁵

Há uma preocupação atualmente com as leis antiterrorismo, justamente para que sejam claras, precisas, não discriminatórias, não retroativas e estejam de acordo com os tratados internacionais, inclusive de Direitos Humanos.⁴³⁶ Por isso, considerou-se violado o princípio da legalidade quando houve uma condenação por pertencer a um grupo terrorista, diferente de colaborar com o terrorismo.⁴³⁷

⁴³³ Ver Corte Europeia: *Cantoni v. França* (17862/91), (1996), §§29, 35; *Koberly v. Hungria* (9174/02), Pleno (2008), §§69-70; *Sunday Times v. Reino Unido* (No 1) (6538/74, 1979, §§49-53. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 139.

⁴³⁴ Ver *Nicholas v. Austria*, HRC, UN Doc. CCPR/C/80/D/1080/2002, 2004, §7.5. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 139.

⁴³⁵ Ver *Castillo Petruzzi e outros v. Peru*, Corte Interamericana, 1999, §121. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 140.

⁴³⁶ Ver Resolução da Assembleia Geral da ONU, resolução 65/221, §6(1).

⁴³⁷ Ver *De La Cruz-Flores v. Peru*, Corte Interamericana, 2004, §§77-103.

4.1.2.23 Princípio *ne bis in idem* ou proibição do duplo julgamento ou da dupla punição

Trata-se de um *standard* internacional para que os acusados sejam processados e condenados ou absolvidos uma única vez pelos mesmos fatos, conhecido também como “*ne bis in idem*” ou “*double jeopardy*” e ainda traduzido como “risco duplo”. Este direito é uma consequência do que entedemos como “coisa julgada”, porém, no âmbito internacional, na experiência dos julgados dos mais diversos tribunais, adquire contornos especiais.

A previsão da proibição do duplo julgamento está em diversos textos internacionais: (i) artigo 14(7) do ICCPR; (ii) artigo 18(7) da Convenção dos Trabalhadores Migrantes; (iii) artigo 8(4) da Convenção Americana; (iv) artigo 19 da Carta Árabe; (v) Artigo 4 do Protocolo 7 da Convenção Europeia; (vi) Seção N(8) dos Princípios do Processo Justo na África.

A proibição da Convenção Europeia refere-se à proibição de julgamentos pela mesma ofensa, mas já se esclareceu que a proibição compreende uma segunda ofensa se ela foi baseada nos mesmos fatos (idênticos ou substancialmente os mesmos) utilizados no primeiro julgamento, ainda que absolvido no segundo. Ocorre o mesmo se já houve uma condenação anterior numa sentença *administrativa*.⁴³⁸ A Convenção Americana prevê que as acusações não podem se basear na mesma causa, ainda que estas tenham sido classificadas como um crime diferente.⁴³⁹ Já se observou também que o artigo 14, n. 7 do Pacto apenas proíbe o duplo julgamento ou a dupla punição “relativamente a uma infração julgada pelas jurisdições do mesmo Estado”; não garante o *ne bis in idem* “relativamente às jurisdições nacionais de dois ou mais Estados”.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Ver *Zolotukhin v. Rússia* (14939/03), Pleno da Corte Europeia, 2009, §§82-83, 110-111.

⁴³⁹ Convenção Americana, artigo 8(4) “um acusado condenado por uma decisão não mais recorrível não se sujeitará a um novo julgamento pela mesma causa”.

⁴⁴⁰ Comunicação n. 204/1986, A. P. v. Italy (Decisão adotada em 2 de novembro de 1987), in documento das Nações Unidas GAOR, A/43/40, p. 244, § 7.3. Ver também *A. R. J. v. Austrália*, UN Doc. CCPR/C/60/D/692/1996, 1997, §6.4.

O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos aplica fórmula mais ampla e favorável ao acusado, visto que entende a proteção como proibição de novo julgamento pelos mesmos fatos, conforme garantido pelo artigo 8º, n. 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, uma pessoa absolvida em tribunais militares da acusação de traição, não poderá ser julgada em tribunais não militares, pelos mesmos, sob o fundamento de terrorismo.⁴⁴¹ Isto significa, também, que haveria violação artigo 8º, n. 4 da Convenção, caso a pessoa tenha sido absolvida por tribunais militares da acusação de traição e julgada posteriormente a mesma pessoa nos tribunais não militares, pelos mesmos fatos, embora como uma qualificação diferente como o terrorismo. Com efeito, no caso Loayza Tamayo, o Tribunal considerou também que os Decretos-lei que previam os crimes de “terrorismo” e de “traição” eram em si mesmos contrários ao artigo 8º, n. 4, uma vez que se referiam “a ações não definidas com rigor” que podiam ser “interpretadas da mesma forma como integrando ambos os tipos penais” como aconteceu naquele caso concreto. Ou seja, referida previsão ambígua e indicando a mesma conduta para duas criminalizações diversas, representariam uma insegurança jurídica inaceitável.

O princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 4º, do Protocolo n. 7 à Convenção Europeia foi violado no caso Gradinger, eis que o requerente foi condenado por causar uma morte por negligência ao conduzir o seu automóvel e também, pelo mesmo fato, foi condenado, por outra lei, a uma multa de “duas semanas de prisão em alternativa, por conduzir sob a influência do álcool”. O Tribunal Europeu entendeu que, embora o Código Penal e o Código da Estrada ambos fossem claros quanto “à designação das infrações” e “à sua natureza e finalidade”, “as decisões impugnadas basearam-se na mesma conduta”, assim constituindo uma violação do princípio *ne bis in idem*. Fato diferente ocorre quando um único ato constitui diversas infrações autônomas, como citado no caso Oliveira⁴⁴², em que do Tribunal Europeu entendeu não haver violação pois segundo o Tribunal, “nada nesta situação viola o artigo 4º do Protocolo n. 7, uma vez que tal disposição proíbe que a pessoa seja julgada duas vezes pela mesma infração, ao passo que nos casos de um ato único constitutivo de diversas infrações (curso ideal de infrações) o mesmo ato delituoso constitui duas infrações autônomas.”

⁴⁴¹ TIADH, Caso Loayza Tamayo c. Peru, sentença de 17 de setembro de 1977, in documento da Organização de Estados Americanos OAS/Ser.L/V/III.39, doc 5, Relatório Anual de 1977 do TIADH, p. 213, § 66.

⁴⁴² TEDH, Caso Oliveira c. Suíça, sentença de 30 de julho de 1998, Relatórios de 1998-V, p. 1994, § 10.

Alguns pontos importantes são destacados em relação a este princípio: (a) a proibição de dupla condenação se refere a uma mesma jurisdição, não se aplicando a jurisdições distintas⁴⁴³; (b) a proibição permite um novo julgamento quando o primeiro tenha ocorrido à sua revelia – caso seja requerido pelo acusado⁴⁴⁴; (c) a proibição permite um novo julgamento quando há erros da justiça que anulem a decisão ou quando o processo não tiver sido justo ou haja novas provas ou conhecimento de novos fatos relevantes. Os erros e a falta de justiça do processo, que justificariam um novo julgamento, podem se referir à graves falhas processuais como no caso de falta de independência ou imparcialidade do tribunal.⁴⁴⁵

Os mesmos fatos que ensejaram um processo diante dos tribunais penais internacionais não permitem que haja novo julgamento nos tribunais locais, em razão da proibição da regra do duplo julgamento⁴⁴⁶, porém não há violação da proibição do duplo julgamento em relação aos atos julgados em tribunais locais e que também se sujeitem à jurisdição do Tribunal Penal Internacional ou de outro tribunal criminal internacional, nos casos de: (a) se o fato pelo qual se julgou no tribunal local era um crime comum, apesar de ser caracterizado como genocídio, crime contra a humanidade ou crime de guerra na jurisdição internacional; (b) o processo local tenha sido realizado para blindar a responsabilidade do acusado em relação aos crimes sujeitos à jurisdição internacional; (c) o processo local foi conduzido de forma parcial ou sem a independência necessárias e (d) o processo tenha sido conduzido de forma negligente no tribunal local.⁴⁴⁷

⁴⁴³ Ver HRC: A. P. v. Itália (204/1986), 1987, §7.3.

⁴⁴⁴ Ver HRC: A. P. v. Itália (204/1986), 1987, §7.3; A. R. J. v. Austrália, UN Doc. CCPR/C/60/D/692/1996, 1997, §6.4.

⁴⁴⁵ Ver HRC: Comentário Geral 32, §56; Almonacid-Arellano e outros v. Chile, Corte Interamericana, 2006, §154. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 141.

⁴⁴⁶ Ver Artigo 20(2) do Estatuto do ICC; Artigo 9(1) do Estatuto de Ruanda; Artigo 9(1) do Estatuto da Corte Especial de Serra Leoa e artigo 10 do Estatuto da Ex-Iugoslávia.

⁴⁴⁷ Ver Artigo 9(2) do Estatuto de Ruanda; Artigo 9(2) do Estatuto da Corte Especial de Serra Leoa; Artigo 10(2) do Estatuto da Ex-Yugoslávia. Ver também artigo 20(3) do Estatuto do ICC. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 142.

4.1.3 Limites das Penas

O resultado do processo justo deve ser a absolvição ou a aplicação de uma pena, sendo esta admitida se prevista previamente em lei, se aplicada pela autoridade competente, depois de um processo justo, verificado se o processo todo respeitou as regras do processo justo, nacionais e internacionais, se sua dosagem foi proporcional e não violou padrões internacionais e, finalmente, se seu cumprimento se dá em respeito à dignidade humana⁴⁴⁸.

Assim, também se concebe como parte do processo justo saber-se como as penas são determinadas e como são impostas⁴⁴⁹. As penas podem ser aplicadas legalmente se o processo e sua aplicação atendeu aos padrões internacionais previstos nos tratados e demais regras internacionais, motivo pelo qual é possível analisar se determinada punição, não considerada como tal pelo direito local, pode ser considerada como pena pelos critérios do direito criminal internacional.⁴⁵⁰ O aprisionamento sem base legal, ainda que seguida de final absolvição ou cumprimento total da prisão determinada na sentença, é considerada detenção arbitrária.⁴⁵¹ As penas devem ser individuais, sendo proibidas, pelos padrões internacionais, penas coletivas ou impostas aos pais pelos crimes dos filhos, mesmo em tempo de emergências.⁴⁵²

Punições que envolvem privação de liberdade só devem ser impostas em razão da pressão social e se proporcionais para tais necessidades.⁴⁵³ As punições não podem ser desproporcionalmente severas para atos que não deveriam ser criminalizados pelos padrões

⁴⁴⁸ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 175.

⁴⁴⁹⁴⁴⁹ Ver T. v. Reino Unido (24724/94), Pleno Corte Europeia, 1999, §108.

⁴⁵⁰ Ver Welch v. Reino Unido (17440/90), 1995, §§28, 32 e Kalkans v. Chipre (21906/04), Pleno, 2008, §142.

⁴⁵¹ WGAD, UN Doc. A/HRC/16/47, 2012, p. 23, §8(a). Ver também Resolução do Conselho de Segurança 1949, Guiné Bissau, §10.

⁴⁵² Ver HRC Comentário Geral 29, §11; HRC Observações Conclusivas: Líbia, UN Doc. CCPR/C/LBY/CO/4, 2007, §20; Resolução da Assembleia Geral da ONU, 65/225, Coréia do Norte, §1(a)(i). Ver também CRC, Comentário Geral 10, §55.

⁴⁵³⁴⁵³ Ver WGAD, UN Doc. E/CN,4/2001/14, 2000, §96.

internacionais, tal como ocorre com as punições por difamação.⁴⁵⁴ Não são aceitas punições calibradas com base no futuro perigo que representará um sentenciado, justamente por ser inconsistente com o princípio da legalidade⁴⁵⁵. Por outro lado, punições brandas demais para policiais acusados de tortura, igualmente violam padrões internacionais para as punições, não refletindo a gravidade do ato e levando à impunidade por violações aos direitos humanos.⁴⁵⁶

Quando há discriminação nas leis e práticas na aplicação das penas criminais, observa-se uma característica dominante na população carcerária, seja ela composta por específicos grupos étnicos ou a ausência de criminosos de certo tipo de conduta, como é caso daqueles que agem violentamente contra as mulheres, incluindo estupro, violência doméstica, crimes contra a honra e tráfico humano.⁴⁵⁷ Também recomenda-se que no cálculo da punição sejam sensíveis aos fatores como o *stress* pós-traumático de uma mulher sobrevivente aos atos de violência contra a mulher, a gravidez ou especiais necessidades de pessoas de outros gêneros⁴⁵⁸, bem como as questões de migração quando as penas são determinadas aos trabalhadores imigrantes.

As penas alternativas para crimes de menores proporções ou gravidade, para mulheres grávidas, indigentes, pessoas cujas crianças delas dependa e que não envolvam o aprisionamento, tem sido recomendadas de forma crescente no cenário internacional, desde a adoção das Regras de Tóquio pela Assembleia Geral da ONU em 1990.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ Ver HRC: Comentário Geral 34, §47; Observações Conclusivas: Itália, UN Doc. CCPR/C/ITA/CO/5, 2005, §19.

⁴⁵⁵ Ver *Fermin Ramirez v. Guatemala*, Corte Interamericana, 2005, §96.

⁴⁵⁶ Ver HRC: Observações conclusivas: Austria, UN Doc. CCPR/C/AUT/CO/4, 2007, §15; CAT Observações conclusivas: EEUU, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 2006, §26; Corte Europeia: *Gãfgen v. Alemanha*, 22978/05, Pleno, 2010, §§121-124; *Enukidze e Gigvilani v. Geórgia*, 25091/07, 2011, §§268-278; Conclusões do Comitê Árabe de Direitos Humanos: Jordânia, 2012, §§10, 33 entre outras.

⁴⁵⁷ Ver HRC Observações Conclusivas: Iemem, UN Doc. CCPR/CO/84/YEM, 2005, §12; Ver Observações Conclusivas do Comitê CEDAW: Líbano, UN Doc. CEDAW/C/LBN/CO/3, 2008, §27, Jordânia, UN Doc. CEDAW/C/JOR/CO/4, 2007, §§23-24.

⁴⁵⁸ Ver Relatório Especial sobre a independência de juízes e advogados, UN Doc. A/66/289, 2011, §102 e Relatório Especial sobre Tortura, UN Doc. A/HRC/7/3, 2008, §41.

⁴⁵⁹ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 177.

4.1.3.1 Direito a se beneficiar de uma pena mais leve

Se uma pena torna-se mais severa, após o crime ter sido cometido, a pena anterior deve ser aplicada, tal como consta do texto do artigo 7º (1) da Convenção Europeia. O texto de tal artigo não trata do caso em que a legislação posterior reduz a severidade da pena, porém, entende-se como inerente ao seu texto, o direito não escrito de aplicar a legislação com a pena mais benéfica para o acusado.⁴⁶⁰

A pena mais benéfica deve ser aplicada: (a) se a lei foi alterada antes do julgamento final ou antes da pena ser completamente cumprida⁴⁶¹ ou (b) se o condenado tiver sido sentenciado a uma punição irreversível, tal como a pena de morte, punição corporal ou prisão perpétua e (c) se a legislação que determina a pena tiver sido revogada.⁴⁶²

4.1.3.2 Compatibilidade com as normas jurídicas internacionais

Nem a pena e nem a sua imposição pode violar padrões internacionais, assim, tortura e qualquer outro tratamento cruel, degradante ou desumano são absolutamente proibidos, sendo também preocupante a imposição de ordens de controle para aqueles que já cumpriram a sentença com condenação relativa ao terrorismo, constituindo-se em violação à dupla condenação. Ainda que a pena aplicada seja aceita como legal para o direito local, se viola os padrões internacionais será considerada inaceitável. Neste caso, “qualquer outra interpretação impediria o objetivo da proibição conforme os padrões internacionais”.⁴⁶³ As punições que foram consideradas violadoras dos padrões

⁴⁶⁰ Ver *Scoppola v. Itália* (No.2), 10249/03, Corte Europeia, Pleno, 2009, §109.

⁴⁶¹ Este último caso é a previsão da seção N(7)(b) dos Princípios do Processo Justo na África.

⁴⁶² *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 177.

⁴⁶³ Ver Relatório Especial sobre tortura, UN Doc. E/CN.4/1988/17, 1988, §§42-44, UN Doc. E/CN.4/1993/26, 1992, §593. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 178.

internacionais incluem toda a forma de punição corporal, como banimento, prisão pelo não pagamento de dívida⁴⁶⁴, o sistema de reeducação através do trabalho da China⁴⁶⁵.

4.1.3.3 Castigos corporais

O Comitê dos Direitos do Homem observou que a proibição consagrada no artigo 7º “incide, não apenas sobre atos que provocam dor física, mas também sobre atos que causam à vítima sofrimento psicológico” e que, para além disso, “a proibição deverá abranger os castigos corporais, incluindo castigos excessivos ordenados como punição por um crime ou como medida educativa ou disciplinar.”⁴⁶⁶

Qualquer tipo de punição corporal, tais como flagelamento, amputação, marcação à ferro quente, apedrejamento e outros, são considerados violadores da proibição de tortura e tratamento cruel, degradante e desumano, como já se pronunciaram os órgãos internacionais em diversas ocasiões.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Ver HRC Observações Conclusivas: Grécia, UN Doc. CCPR/C/MCO/CO/2, 2008, §13.

⁴⁶⁵ Ver Relatório Especial sobre Tortura, UN Doc. A/HRC/13.39/Adendo 5, 2010, §71.

⁴⁶⁶ Recomendação Geral n. 20 (Artigo 7º), Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 139, § 5.

⁴⁶⁷ Ver HRC Comentário Geral 20, §5, Observações Conclusivas: Sudão, UN Doc. CCPR/C/79/Adendo 85, 1997, §9; Iraque, UN Doc. CCPR/C/79/Adendo 84, 1997, §12; Líbia, UN Doc. CCPR/C/LBY/CO/4, 2007, §16; Tanzânia, UN Doc. CCPR/C/TZA/CO/4, 2009, §16; Botswana, UN Doc. CCPR/C/BWA/CO/1, 2008, §19; Osborne v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/68/D/759/1997, 2000, §§9.1., 11; Sooklal v. Trinidad, UN Doc. CCPR/C/73/D/928/2000, 2001, §4.6; Comissão Africana: Doebller v. Sudão, 236/2000, 2003, §42; Ceasar v. Trinidad e Tobago, Corte Interamericana, 2005, §70; Tyrer v. Reino Unido, 5856/72, Corte Europeia, 1978, §§37-39. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 178.

4.1.3.4 Pena de morte

A pena de morte é uma preocupação constante na experiência da legislação e jurisprudência das cortes internacionais, principalmente em relação aos valores protegidos pelas regras de Direitos Humanos. Por isso, a proibição de punir arbitrariamente qualquer pessoa com a pena de morte ou tortura ou qualquer outro tratamento desumano compõe as normas costumeiras do direito internacional e nunca poderão ser desrespeitadas⁴⁶⁸. A aversão à pena de morte tem crescido no cenário internacional, seja pela jurisprudência ou pelas resoluções da comunidade internacional,⁴⁶⁹ seja pelos novos tratados que propõe a abolição da pena de morte não só nos tempos de paz⁴⁷⁰. Outros textos almejam a progressiva restrição até a completa abolição da pena de morte, tendo sido proposta uma moratória para as penas de morte como primeiro passo para sua abolição.⁴⁷¹

Os Estados que aboliram a pena de morte podem se recusar a extraditar ou transferir pessoas que poderiam se sujeitar à esta pena nos países de destino⁴⁷², de forma que tal regra se aplica, pelo Direito Internacional Criminal ainda que os países não justifiquem a recusa de extradição por questões constitucionais internas que proíbem a pena de morte, como faz o Brasil. Após 2010 o artigo 2(1) da Convenção Europeia (direito à vida) foi alterado para proibir a pena de morte, já que se a considerou um tratamento desumano e degradante⁴⁷³. Os tribunais criminais internacionais já não estão aplicando

⁴⁶⁸ Ver HRC Comentário Geral 24, §8; Relatório Especial sobre Execuções extrajudiciais, UN Doc. A/67/275 (2012), §11; CAT Comentários Gerais, 2, §1.

⁴⁶⁹ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 206.

⁴⁷⁰ Ver Segundo Protocolo Opcional do ICCPR; Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolir a Pena de Morte e Protocolo 6 e Protocolo 13 da Convenção Europeia.

⁴⁷¹ Ver Assembleia Geral da ONU, Resolução 67/167, §4(e); Resolução 65/206, §3(d); Resolução 62/149, §2(d); Resolução da Comissão Africana, n. 136, 2008, §2; Interights e outros v. Botswana (240/2001), 2003, §52; Observações Conclusivas: Uganda, Terceiro Relatório Periódico, 2009, §V(h).

⁴⁷²⁴⁷² Ver *Judge v. Canadá*, HRC, UN Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, 2002, §10.6; *Al-Saadoon e Mufdhi v. Reino Unido*, (61498/06), Corte Europeia, 2010, §§115-145, 160-166; Relatório Especial sobre execuções extrajudiciais, UN Doc. A/67/275, 2012, §§74-75 e CHR Resolução 2005/59, §10. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 207.

⁴⁷³ Ver *Al-Saadoon e Mufdhi v. Reino Unido*, (61498/08), Corte Europeia, 2010, §§115, 120. Ver Relatório Especial sobre Tortura, UN Doc. A/67/279, 2012, §§V-VI.

condenações à pena de morte⁴⁷⁴. Como medida protetiva, uma vez abolida a previsão da pena de morte, o país que o fez não pode reintroduzi-la na legislação⁴⁷⁵.

As imposições obrigatórias de pena de morte, ainda que para os piores crimes, são consideradas proibidas justamente por tolher a liberdade dos tribunais em considerar circunstâncias que poderiam mitigar a pena, como diferentes graus de repreensibilidade moral da conduta, mesmo nos países em que haja possibilidade de procedimentos de clemência, desclassificação do crime.⁴⁷⁶

Também para a pena de morte são aplicáveis as regras da retroação da pena mais benéfica, mesmo posterior, porém, para os países que aboliram a pena de morte, nova pena deve ser aplicada, devendo-se respeitar os padrões internacionais e considerar o tempo já cumprido enquanto se aguardava a execução.⁴⁷⁷ Pelos padrões atuais, não são aceitáveis penas de morte para (a) crianças abaixo de 18 anos⁴⁷⁸; (b) pessoas de idade avançada⁴⁷⁹; (c) pessoas com incapacidade mental⁴⁸⁰; (d) mulheres grávidas e (d) mulheres mães de crianças que dependam dela e em tenra idade⁴⁸¹.

As preocupações com o processo justo são ainda maiores nos casos em que há o risco do acusado ser sentenciado à pena de morte, justamente pela sua irreversibilidade, por isso, propugna-se por uma observância estrita e escrupulosa de todos os direitos e padrões de um processo justo⁴⁸², não importando a gravidade do caso e nem a situação de paz ou de emergência e em conflitos armados, resumindo-se em: (i) adequação do processo

⁴⁷⁴ Ver Conselho de Segurança da ONU, Resolução 827, 1993; Resolução 955, 1994 e Secretaria Geral da ONU, UN Doc. S/2004/616, 2004, §64(d).

⁴⁷⁵ Ver Resolução 67/176, §5 da Assembleia Geral da ONU. Ver também o artigo 4(3) da Convenção Americana.

⁴⁷⁶ Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. E/CN.4/2005/7, 2004, §§63-64; Corte Interamericana: Hilaire, Constantine, Benjamin e outros v. Trinidad e Tobago, 2002, §§84-109; Boyce e outros v. Barbados, 2009, §57; Thompson v. São Vicente, HRC, UN Doc. CCPR/C/70/D/806/1998, 2000, §8.2.

⁴⁷⁷ Ver HRC Observações Conclusivas: Ruanda, UN Doc. CCPR/C/RWA/CO/3, 2009, §14; Tunísia, UN Doc. CCPR/C/TUN/CO/5, 2008, §14. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 208.

⁴⁷⁸ Ver HRC Comentário Geral 24, §8; Michael Domingues v. EEUU, 12.285, Comissão Interamericana, 2002, §§84, 85. O Comitê de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana consideram a proibição de execução de crianças uma “norma peremptória do direito internacional costumeiro”, vinculando todos os países e não permitindo nenhuma derrogação. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 210.

⁴⁷⁹ Ver HRC Observações Conclusivas: Japão, UN Doc. CCPR/C/JPN/CO/5, 2008, §16.

⁴⁸⁰ Ver *Dacosta Cadogan v. Barbados*, Corte Interamericana, 2009, §§87-90.

⁴⁸¹ Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. A/51/457, 1996, §115; CHR Resolução 2005/59, §7(b).

⁴⁸² Ver HRC: Comentário Geral 6, §7 e 32, §59.

aos mais elevados padrões de independência, competência, objetividade e imparcialidade dos juízes e jurados; (ii) ter o direito de beneficiar-se dos serviços legais de uma defesa competente em todos os estágios do processo; (iii) os acusados devem ser presumidamente inocentes até que haja prova clara e convincente de sua culpa e que não deixe espaços para qualquer outra explicação alternativa dos fatos, sendo que a coleta e produção de provas devem se manter dentro dos mais elevados padrões; (iv) todos as atenuantes e circunstâncias que possam mitigar a pena devem ser considerados; (v) o sentenciado deve ter o direito efetivo a rever tanto o conjunto probatório, as alegações dos fatos, bem como os aspectos jurídicos e a fundamentação da sentença por um tribunal superior, composto por juízes que não participaram ou não conheceram o caso na primeira instância; (vi) o condenado deve ter assegurado o direito ao perdão ou clemência e à comutação da pena.⁴⁸³

Tem-se recomendado que os tribunais militares ou outros tribunais especiais não tenham poderes para sentenciar à morte⁴⁸⁴, devido ao risco de falta de observância aos padrões do processo justo, assim também como nos países em que a posição da vítima parece ser considerada em demasia⁴⁸⁵.

Quando o direito a um processo justo não é observado nos casos em que culminou com a aplicação da pena de morte, consideram-se violados o direito à vida ou a imposição de tratamento desumano. É o caso da pena de morte aplicado a um determinado grupo étnico e o caso da pena de morte por apedrejamento aplicado às mulheres pelo adultério em certos países.⁴⁸⁶

No Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais há recomendação clara para que, se um país não conseguir garantir os direitos a um processo justo, que o governo deve impor uma moratória nas execuções da pena de morte.⁴⁸⁷

⁴⁸³ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 210-211.

⁴⁸⁴ Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais: UN Doc. A/67/275, 2012, EEUU, UN Doc. A/HRC/11/2/Adendo 5, 2009, §§39-41.

⁴⁸⁵ Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. A/61/311, 2006, §64.

⁴⁸⁶ Ver CERD Observações Conclusivas: EEUU, UN Doc. CERD/C/USA/CO/6, 2008, §23; Relatório Especial sobre Tortura, UN Doc. A/HRC/7/3, 2008, §40; Secretaria Geral da ONU, UN Doc. A/65/280, 2010, §72,

⁴⁸⁷ Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais: UN Doc. A/HRC/14/24, 2010, §51(a), Afeganistão, UN Doc. A/HRC/11/2/Adendo 4, 2009, §§65, 89. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 212.

As regras do processo justo adquirem contornos específicos em relação aos casos sujeitos à pena de morte, como por exemplo, o direito do acusado escolher um advogado de defesa, ainda que para isso, a audiência precise ser adiada. O direito de ter o advogado de defesa ao seu lado, começa desde os primeiros procedimentos investigativos, prossegue durante o julgamento, os recursos e até para os pedidos de clemência, perdão e revisão, pós julgamento.⁴⁸⁸ Se o acusado não tem condições de pagar pela defesa, o Estado deve indicar um advogado competente, com o perfil e experiências necessárias, custeando-o, sendo que se não atuar manifestamente em conformidade, deve ser advertido e até substituído.⁴⁸⁹

Os acusados de crimes com pena de morte, devem ter especial tempo e facilidades para preparar sua defesa, sendo perfeitamente possível requerer adiamentos das audiências e julgamentos para atender essa especial necessidade. Se após a apresentação de provas, a promotoria vier a pedir para que o crime seja mais grave e sujeito à pena de morte, a defesa deve ser informada sobre o direito de pedir adiamento para oferecer novas provas e alegações para esta nova acusação, sob pena de violar o direito ao tempo adequado e as instalações apropriadas para preparar a defesa.⁴⁹⁰

A demora nos julgamentos da crimes com pena de morte é particularmente preocupante e por isso há o direito ao julgamento sem demoras indevidas previsto em diversas regras internacionais.⁴⁹¹

O direito ao recurso deve ser efetivo para que uma corte superior e independente possa rever a decisão que determina a pena de morte, sendo ainda necessários que haja tempo suficiente para a interposição do recurso⁴⁹², pois do contrário, ofende o direito a um

⁴⁸⁸ Ver *Idieva v. Tajiquistão*, UN Doc. CCPR/C/95/D/1276/2004, 2009, §9.5; HRC: *Curne v. Jamaica*, UN Doc. CCPR/C/50/D/337/1989, 1994, §13.3-13.4; *Henry v. Trinidad e Tobago*, UN Doc. CCPR/C/64/D/752/1997, 1999, §7.6; *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros v. Trinidad e Tobago*, 94/2002, Corte Interamericana, 2002, §152(b); *Avocats Sans Frontières (Bwampamyé) v. Burundi*, 231/1990, 14º Relatório Annual, 2000, §§5.27-30.

⁴⁸⁹ Ver HRC: *Chan v. Guiana*, UN Doc. CCPR/C/85/D/913/2000, 2005, §§6.2-6.3.

⁴⁹⁰ Ver *Fermin Ramirez v. Guatemala*, Corte Interamericana, 2005, §§58-80.

⁴⁹¹ Ver Artigo 9(3) e 14(3) do ICCPR; Artigo 7(1)(d) da Carta Africana; Artigos 7(5) e 8(1) da Convenção Americana; Artigos 5(3) e 6(1) da Convenção Europeia; Artigo 14(5) da Carta Árabe. No caso *McLawrence v. Jamaica*, julgou-se excessiva a detenção de 16 meses antes do julgamento e 31 meses entre o julgamento e a rejeição do recurso. Ver *McLawrence v. Jamaica*, HRC, UN Doc. CCPR/C/60/D/702/1996, 1997, §5.6, 5.11.

⁴⁹² Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. E/CN.4/2006/53/Adendo 2, Sudão, 2006, §151. *Cfr.* Anistia Internacional. "Fair trial manual", 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 214.

processo justo e, uma vez apresentado o recurso, ele deve ser devidamente analisado e decidido sem demora indevida.

No caso de estrangeiros, o país deve comunicar o acusado do direito à assistência consular, sendo que a Corte Internacional de Justiça já recomendou a anulação de um julgamento porque os Estados Unidos deixou de informar o acusado sobre tais direitos.⁴⁹³ Alguns estados que se valem do sistema islâmico, permitem que as famílias das vítimas aceitem pagamento em substituição à pena de morte, porém, mesmo nestes casos, não deve haver discriminação para aceitar esta substituição somente se o acusado gozar de boa saúde ou criar graus diferentes de compensação, levando-se em consideração se a vítima é mulher ou não muçulmano⁴⁹⁴. Os familiares da vítima não podem decidir sobre se aceitam a substituição da pena de morte pelo pagamento, exclusivamente em vista da compensação financeira, pois tal comportamento viola o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.⁴⁹⁵

A pena de morte não pode ser executada enquanto houver possibilidade de recursos ou procedimentos nacionais de pedido de clemência, perdão ou comutação da pena e ainda os recursos aos organismos internacionais e regionais relativos aos Direitos Humanos.⁴⁹⁶ Para que estes procedimentos ocorram, o tempo entre a condenação e execução não podem ser demasiadamente rápidos, ao contrário, devem ser suficientes para o preparo e a informação de todas estas possibilidades.⁴⁹⁷ A transparência é fundamental para que as execuções não sejam secretas no sentido de não se informarem aos interessados, com a antecedência necessária, quando e de que forma elas ocorrerão, inclusive possibilitando o direito à visitas, e também, para tomarem as providências jurídicas apropriadas. Mesmo depois da execução, o corpo deve ser devolvido aos familiares para as providências funerárias. Tem-se, por outro lado, recomendado que as

⁴⁹³ ICJ: Caso LaGrand (Alemanha v. EEUU), 2001, §§77, 91, 89, 123-125, 128(3), 128(7), Avena e outros mexicanos (México v. EEUU), 2004, §§41, 50-51, 153. A Corte Interamericana considerou violado o direito à vida quando os estrangeiros não são informados de seu direito ao apoio consular. Ver Opinião de Aconselhamento OC-16/99, Corte Interamericana, 1999, §137 e Resolução CHR 2002/62, Preâmbulo, §14, §6. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 214.

⁴⁹⁴ Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. A/61/311, 2006, §§55-63.

⁴⁹⁵ Ver Observações Conclusivas HRC: Iêmen, UN Doc. CCPR/CO/84/YEM, 2005, §15.

⁴⁹⁶ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 216.

⁴⁹⁷ Ver Interights e outros v. Botswana, 240/2001, Comissão Africana, 17º Relatório Annual, 2003, §41; Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. E/CN.4/1996/4, 1996, §553, UN Doc. E/CN.4/1998/68, 1998, §118.

execuções não sejam públicas, justamente por violar a proibição contra o tratamento cruel, desumano e degradante.⁴⁹⁸

Os que foram condenados à pena de morte e aguardam a execução, devem ser tratados com respeito e dignidade, e ainda ter o direito aos cuidados médicos, instalações sanitárias adequadas, comida adequada e espaço recreacional, inclusive com direito ao recebimento de visitas e ao contato com outras pessoas.⁴⁹⁹ Se há inadequação da comida, isolamento e ainda o condenado é mantido algemado, tais condições são consideradas tortura.⁵⁰⁰

4.1.4 Direito de Recurso

O direito ao recurso para um tribunal independente e superior é uma garantia geral internacional, inclusive para os julgamentos de tribunais que aplicam costumes como lei. Há, no entanto, algumas pequenas diferenças, pois, como exemplo, o Pacto pelos Direitos Civis e Políticos é mais amplo que a Convenção Europeia⁵⁰¹ no sentido de que este último considera possível a previsão de ausência de recursos para casos de crimes considerados menores (quando a pena máxima não chega a incluir a detenção).⁵⁰²

Pela orientação do Comitê de Direitos Humanos, os países podem decidir qual tribunal superior fará a revisão, mas não podem determinar se tal revisão será feita ou não, sob pena de violar o direito ao processo justo.⁵⁰³

⁴⁹⁸ Ver Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. E/CN.4/2006/53/Adendo 3, 2006, §§42-43; Resolução da Assembleia Geral da ONU 65/225, §1(a)(i); CHR Resolução 2005/59, §7(i).

⁴⁹⁹ Estas conclusões foram extraídas de diversos julgamentos envolvendo a Jamaica: HRC, Kelly v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/41/D/253/1987, 1991, §5.7; Henry e Douglas v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/37/D/571/1/1994, §9.5; Linton v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/46/D/255/1987, 1992, §8.5.

⁵⁰⁰ CAT Observações Conclusivas: Mongólia, UN Doc. CAT/C/MNG/CO/1, 2010, §16.

⁵⁰¹ Ver Artigo 2(2) do Protocolo 7 da Convenção Europeia.

⁵⁰² Ver Corte Europeia: Zaicvs v. Letônia, 65022/01, 2007, §§53-55, Galstyan v. Armênia, 26986/03, 2007, §124, Gurepka v. Ucrânia, 61406/00, 2005, §§53-55.

⁵⁰³ Ver HRC Comentário Geral 32, §45.

Nos países que membros do parlamento são processados nas cortes mais altas, o direito ao recurso é violado quando há condenação e não há outra corte mais alta para receber seu recurso.⁵⁰⁴ Nos países que o condenado precisa de licença para recorrer, para atender aos padrões internacionais, tal direito deve estar disponível para qualquer condenado e não pode depender do consentimento de qualquer autoridade.⁵⁰⁵ Se no país houver mais de uma instância superior, ao condenado deve ser proporcionado efetivo acesso à cada uma dessas instâncias.⁵⁰⁶ Também considera-se uma violação quando a admissibilidade de recurso ficar condicionada à prisão do acusado.⁵⁰⁷

4.1.4.1 Direito de revisão e seu exercício efetivo

Não bastam leis prevendo o exercício do direito de recurso, pois ele deve ser exercido efetivamente e o Estado deve garantir que seja assim, para tanto, assegurando que haja tempo (prazo) apropriado para apresentar o recurso, acesso ao material escrito do processo e do julgamento e às regras procedimentais do recurso, tudo em tempo razoável para sua efetivação.⁵⁰⁸ Os países que determinam prazo muito curto para preparar e apresentar os recursos, por fim, acabam violando o direito à revisão das decisões pelas cortes superiores.⁵⁰⁹ Quando a audiência ou a decisão sobre os recursos são indevidamente

⁵⁰⁴ Ver HRC Comentário Geral 32, §47; Gelazauskas v. Lituânia, UN Doc. CCPR/C/77/D/836/1998, 2003, §7.1-7.6; Terrón v. Espanha, UN Doc. CCPR/C/82/D/1073/2002, 2004, §7.4; Barreto Lelva v. Venezuela, Corte Interamericana, 2009, §§88-91. Observa-se que o Protocolo 7, artigo 2(2) da Convenção Europeia entende como aceitável a determinação de que alguns casos não se sujeitem a recurso, como ocorre no caso do “foro privilegiado”, com o seguinte texto: “[O direito de apelar em casos criminais] pode se sujeitar à exceções relativas às ofensas menores, conforme prescrito pela lei, ou em casos nos quais a pessoa envolvida foi processada em primeira instância pela corte mais alta ou foi condenada após apelação contra sua absolvição.” Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵⁰⁵ Ver HRC: Lymley v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/65/D/662/1995, 1999, §7.3; Mennen v. Holanda; UN Doc. CCPR/C/99/D/1797/2008, 2010, §8.3; Corte Europeia: Galstyan v. Armênia, 26986/03, 2007, §§125-127; Gurepka v. Ucrânia, 61406/00, 2005, §§57-62.

⁵⁰⁶ Ver HRC: Comentário Geral 32, §45; Henry v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/43/D/230/1987, 1991, §8.4.

⁵⁰⁷ *Cfr.* Mario Chiavario, *Diritto ad un processo equo in BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido. Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Liberta Fondamentali, CEDAM, Padova, 2001, p. 177.*

⁵⁰⁸ Ver Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Corte Interamericana, 2004, §164.

⁵⁰⁹ Ver HRC: Observações Conclusivas, Barbados, UN Doc. CCPR/C/BRB/CO/3, 2007, §7.

retardadas, considera-se também violado o direito ao recurso.⁵¹⁰ A demora no julgamento do recurso e do processo todo também prejudica o direito das vítimas, como foi observado no caso em que o marido confessou ter sido o autor do homicídio de sua sogra, mas a condenação só se concluiu após seis anos.⁵¹¹

As revisões desafiadas pelos recursos devem ser interpostas perante tribunais com competência, independência e imparcialidade para rever as questões de fato, de provas e as questões legais, considerando-se a suficiência ou insuficiência do conjunto probatório para a condenação, por isso, limitação na competência dos tribunais superiores para análise somente da questão jurídica (e não dos fatos e do conjunto probatório), não estão de acordo com o direito ao recurso.⁵¹² Também não se considera suficiente os casos em que o tribunal revê a legalidade da produção das provas mas não se manifesta sobre sua suficiência para confirmar ou revisar a decisão.⁵¹³ Se o tribunal simplesmente confirma a decisão de primeira instância, sem considerar realmente as alegações sobre os fatos e sobre o direito insertas no recurso, há grave violação da independência do tribunal e do direito ao recurso do acusado.⁵¹⁴ Além de analisar a correta adequação do direito e dos fatos, os tribunais devem também analisar se foi observado o devido processo em todo o procedimento, mesmo sobre irregularidades não apontadas.⁵¹⁵

O direito do recorrente também foi considerado violado quando este não é informado da data do recurso, nem do advogado que lhe foi nomeado para representá-lo e nem esteve presente ao julgamento do recurso.⁵¹⁶ Caso o advogado nomeado não recorra (porque não entende cabível qualquer argumento no recurso), o acusado deve ter o direito de saber disso antecipadamente para procurar uma alternativa para representá-lo no

⁵¹⁰ Ver HRC: Thomas v. Jamaica, UN Doc. CCPR/C/65/D/614/1995, 1999, §9.5; Mwamba v. Zambia, UN Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006, 2010, §6.6.

⁵¹¹ Ver Opuz v. Turquia, 33401/02, Corte Europeia, 2009, §§150-151.

⁵¹² Ver Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Corte Interamericana, 2004, §§165-167; HRC: Domukovsky e outros v. Geórgia, UN Doc. CCPR/C/62/D/623/1995, CCPR/C/65/D/624/1995, CCPR/C/62/D/626/1995 e CCPR/C/62/D/627/1995, 1998, §18.11; Saidova v. Tajiquistão, UN Doc. CCPR/C/81/D/964/2001, 2004, §6.5; Gómez Vázquez v. Espanha, UN Doc. CCPR/C/69/D/701/1996, 2000, §11.1; Gelazauskas v. Lituânia, HRC, UN Doc. CCPR/C/77/D/836/1998, 2003, §7.1-7.6.

⁵¹³ Ver Carpintero Uclés v. Espanha, HRC, UN Doc. CCPR/C/96/D/1364/2005, 2009, §11.2-3.

⁵¹⁴ Ver Malawi African Association e outros v. Mauritânia, 54/91, 61/91, 98/93, 167/97-196/97 e 210/98, 13º Relatório Anual da Comissão Africana, 2000, §94.

⁵¹⁵ Ver Caso 9850, Argentina, Comissão Interamericana, 1990, Relatório 74/90, Seção III, §18. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵¹⁶ Ver Lumley v. Jamaica, HRC, UN Doc. CCPR/C/65/D/662/1995, 1999, §7.4.

recurso.⁵¹⁷ Também se entendeu violador dos direitos do recorrente o fato de proibir a sua representação por advogado de sua escolha porque o recorrente decidiu não comparecer ao julgamento do recurso⁵¹⁸. A assistência jurídica competente é fundamental nos casos em que o recurso seja admissível por questões exclusivamente constitucionais, ainda que não sejam consideradas parte recursal regular do caso.⁵¹⁹

4.1.4.2 Garantias do Processo Justo durante os recursos

As garantias do processo justo asseguram o direito ao recurso e devem ser observadas também no próprio exercício do direito de recorrer, sendo particularmente importante: *(i)* o tempo e instalações necessárias para preparar o recurso; *(ii)* o direito a um advogado; *(iii)* o direito à paridade de armas, incluindo o direito de ser notificado de qualquer petição submetida ao tribunal pela acusação; *(iv)* o direito de recorrer para um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei; *(v)* que o julgamento se dê sem atrasos indevidos e o *(vi)* direito a que o julgamento seja público, fundamentada a decisão, em tempo razoável.⁵²⁰ Para o atendimento de tais garantias, o juiz que participa do julgamento do recurso não deve ter participado do processo nas instâncias inferiores⁵²¹. O tribunal que recebe o recurso não pode ser um órgão administrativo ou executivo, deve ser um tribunal do judiciário.⁵²² O julgamento deve ser público, mas a ausência de publicidade do julgamento não leva à violação do direito de recorrer, por isso, quando o tribunal analisa o direito e os fatos, o julgamento público com a presença do recorrente é

⁵¹⁷ Sooklal v. Trinidad e Tobago, HRC, UN Doc. CCPR/C/73/D/928/2000, 2001, §4.10

⁵¹⁸ Ver Poitrimol v. França, 14032/88, Corte Europeia, 1993, §§34-39.

⁵¹⁹ Ver La Venda v. Trinidad e Tobago, HRC, UN Doc. CCPR/C/61/D/554/1993, 1997, §5.8; Currie v. Jamaica, HRC, UN Doc. CCPR/C/50/D/377/1989, 1994, §13.4. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 186.

⁵²⁰ Ver HRC: Comentário Geral 32, §§49, 13; Hadjianastassiou v. Grécia, 12945/87, 1992, §§31-37; Belziuk v. Polónia, 23103/98, 1998, §37(iii); Sakhnovskiy v. Rússia, 21272/03, Pleno, 2010, §§94-109.

⁵²¹ Ver Princípios do Processo Justo na África, Seção A(5)(d)(iv).

⁵²² Ver Comissão Africana: Media Rights Agenda v. Nigéria, 224/98, 14º Relatório Annual, 2000, §46; Organização das Liberdades Civis v. Nigéria, 151/96, 13º Relatório Annual, 1999, §22. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 185.

recomendada, principalmente se o julgamento vier a determinar a culpa ou inocência do recorrente.⁵²³

A assistência jurídica deve ser acessível ao recorrente e, em casos que há o interesse da justiça, deve ser provido pelo Estado,⁵²⁴ pois a Corte Europeia já considerou violado o direito do recorrente que, sentenciado a cinco anos de prisão e tendo recebido assistência jurídica na primeira instância, não obteve o mesmo benefício para o recurso, isso porque na análise do órgão que lhe disponibilizaria a ajuda jurídica, considerou que não havia matéria para um recurso, o que fez com que o sentenciado fizesse seu recurso sozinho, julgado improvido pelo tribunal. Assim, o condenado não conseguiu recorrer apropriadamente sem a assistência de um advogado que lhe foi recusado, violando seu direito a um processo justo.⁵²⁵

4.1.4.3 Novo julgamento pelo descobrimento de novos fatos

A reabertura ou revisão de processos criminais com base na descoberta de novos fatos é possível em muitos países, porém, não é considerado parte do procedimento do recurso, porém trata-se de um direito encorajado pelos sistemas internacionais com o objetivo de corrigir eventuais erros e evitar sua perpetuação, sempre no interesse da justiça.

Para tais revisões, é também adequado que seja concedido a assistência legal e tais reaberturas, admissíveis em muitos países sob pedido da acusação ou da defesa, não se constituem em violação à proibição do duplo julgamento. Há uma distinção entre prova adicional sobre um fato que foi considerado no julgamento e informação nova não

⁵²³ Ver Corte Europeia: *Kebatani v. Suécia*, 10563/83, 1988, §32; *Tierce e outros v. San Marino*, 24954/94, 24971/94 e 24972/94, 2000, §§92-102; *Hummatov v. Azerbaijão*, 9852/03 e 13413/04, 2007, §§140-152.

⁵²⁴ Ver *Princípios da Assistência Jurídica (Legal Aid)*, princípio 3 e orientação 5 e 6.

⁵²⁵ Ver Corte Europeia, *Maxwell v. Reino Unido*, 18949/91, 1994, §§40-41; *Boner v. Reino Unido*, 18711/91, 1994, §§43-44; *Pakelli v. Alemanha*, 8398/78, 1983, §§30-41. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 185-186. Ver detalhes do caso Maxwell disponível em <https://cases.legal/en/act-echr1-45602.html>, acesso em 27 de novembro de 2016.

considerada no julgamento, sendo crítica caso a informação seja nova e se poderia ter sido um fato decisivo para modificar o resultado do processo.⁵²⁶

4.1.4.4 Transcrições dos julgamentos

A transcrição do julgamento é ponto importante para que o recorrente tenha os motivos escritos para analisar a fundamentação e exercer efetivamente seu direito ao recurso. A ausência de transcrição impede o direito ao recurso e o atraso na obtenção de tais transcrições também prejudicam esse exercício. Assim é que o direito de recurso pode ser afetado pelo atraso na apresentação da transcrição do julgamento, como no caso Pinkney, cujo pedido de autorização para recorrer só foi apreciado 34 meses depois de ter sido apresentado, atraso que “era incompatível com o direito de ser julgado sem demora excessiva”, em violação do artigo 14, n. 3, alínea c) e n. 5 do Pacto Internacional.⁵²⁷

4.1.4.5 Preservação dos elementos de prova

Os elementos de prova devem ser conservados pelo Estado até que sejam esgotadas todas as possibilidades de recurso ou revisão de uma sentença, sempre que a prova for indispensável para tais revisões. Ao contrário do esperado e mesmo afirmando o que consta nas linhas antecedentes, o Comitê de Direitos Humanos não se pronunciou em relação a este assunto quando foi alegado que uma tal confissão escrita teria sido forjada e a defesa pretendia demonstrar por perícia em sede de revisão, mas não foi capaz de fazê-lo

⁵²⁶ Ver *Barayagwiza v. Promotora*, ICTR-97-19-AR72, ICTR Câmara de Apelação, julgamento do pedido de revisão da promotora, 31 de março de 2000; §§41-42; *Promotora v. Duško Tadić*, IT-94-1-R, Câmara de Apelação ICTY, julgamento do pedido de revisão, 30 de julho de 2002, §§19-20.

⁵²⁷ Comunicação n. R. 7/27, *L. J. Pinkney v. Canada* (Parecer adotado em 29 de outubro de 1981), in document das Nações Unidas GAOR, A/37/40, p. 113, § 35, lido em conjunto com p. 103, § 10.

porque o material não teria sido preservado, alegando que tal questão deve ser considerada nas vias normais do recurso.⁵²⁸

4.1.4.6 Reabertura de casos após descobertas dos organismos internacionais de Direitos Humanos

A possibilidade de reabertura de processos criminais é um procedimento a ser assegurado na legislação nacional como forma de atender aos padrões internacionais do processo justo e previsto em diversos documentos.⁵²⁹ Diante do cenário transnacional dos direitos humanos e das regras básicas do processo justo, tem-se indicado que é fundamental que os países aceitem a reabertura de casos na hipótese de que os tribunais internacionais tenham concluído de que os direitos do acusado foram violados. Esta possibilidade tanto da reabertura como na devida reparação, completam e indicam o grau de interferência existente entre tais tribunais e o direito nacional, ainda que não contenha, de forma legislada, todas as regras que assegurem a completa garantia do processo justo.

Os tribunais nacionais também devem poder rever os julgados sob a alegação de violação dos direitos do acusado sob os padrões internacionais, aqui entendidos como integrantes do direito ao processo justo. Tais violações podem ser relacionadas à independência ou imparcialidade do tribunal; questões do tempo e instalações adequadas para preparar a defesa; assistência jurídica efetiva; bem como nos casos em que os depoimentos tenham sido obtidos pela tortura ou outro tratamento incondizente com os direitos do acusado.⁵³⁰

⁵²⁸ Ver Comunicado 731/1996, M. Robinson v. Jamaica UN doc. GAOR, A/55/40, §§10.7-10.8, disponível em <http://www.un.org/documents/ga/docs/55/a5540vol2.pdf>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵²⁹ Ver Artigo 2(3) do ICCPR; Artigo 25 da Convenção Americana; Artigo 7 da Carta Africana; Artigo 23 da Carta Árabe; Artigo 13 da Convenção Europeia; Princípio 19 dos Princípios Básicos sobre Reparação.

⁵³⁰ Ver HRC: Polay Campos v. Peru, UN Doc. CCPR/C/61/D/577/1994, 1998, §10, Semey v. Espanha, CCPR/C/78/D/986/2001, 2003, §9.3; Castillo Petruzzi e outros v. Peru; Corte Interamericana, 1999, §§217-221, 226(13); Joseph Thomas v. Jamaica, 12.183, Comissão Interamericana, Relatório 127/01, 2001, §153(1); Corte Europeia: Üküncü e Günes v. Turquia, 42775/98, 2003, §32, Gençel v. Turquia, 53431/99, 2003, §27; Somogyl v. Itália, 67972/01, 2004, §86; Stoichkov v. Bulgária, 9808/02, 2005, §81; CoE

4.1.5 Direito a indenização em caso de erro judiciário

A maioria das legislações internacionais sobre o erro judiciário determinam que haja compensação nos casos de erro judiciário, observando ser distinto tal direito da indenização por detenção ilegal e pela violação de outros direitos humanos, incluindo os direitos a um processo justo. De toda a forma, é direito daquele que procura sua indenização, ter assegurado a assistência judiciária necessária. A maioria das regras internacionais seguem o artigo 14(6) do ICCPR determina que “se alguém condenado por uma decisão final tiver sido perdoado ou ter seu julgamento revertido em razão do descobrimento de novas provas demonstrando conclusivamente que houve um erro judiciário, este condenado que sofreu punição deve ser compensado, de acordo com a lei, exceto se for provado que a não descoberta do fato novo, total ou parcialmente, é atribuível ao interessado”. A Convenção Americana, artigo 10, por sua vez, menciona que “toda pessoa tem o direito de ser compensada de acordo com a lei no caso de ter sido sentenciada por um julgamento final através de erro judiciário.”⁵³¹

Tem direito à compensação aquele que: (i) foi condenado criminalmente em processo de que não caiba mais recurso, seja pelo decurso de prazo ou pela exaustão dos recursos previstos⁵³²; (ii) sujeitou-se à qualquer tipo de punição em razão da condenação (excluindo-se as prisões cautelares ou preventivas, anteriores ao julgamento⁵³³); (iii) com exceção da Convenção Americana, foi perdoado ou teve sua condenação revertida em razão de fatos novos que demonstram o erro judiciário e dos quais não foi por sua vontade ou culpa não trazidos ao julgamento original⁵³⁴. O texto da Convenção Americana não exige que o erro judiciário seja baseado em novos descobrimentos de fatos ou documentos, neste ponto, diferenciando dos demais textos congêneres, basta que tenha havido erro judiciário.⁵³⁵

Recomendação n. R(2000)2; ICJ: Caso LaGrand (Alemanha v. EEUU), 2004, §§131, 138, 140, 143. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 187.

⁵³¹ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 227.

⁵³² Ver Irving v. Austrália, HRC, UN Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002, §§8.3-8.4

⁵³³ Ver W. J. H. v. Holanda, HRC, UN Doc. CCPR/C/45/D/408/1990, 1992, §§6.3, 4.3.

⁵³⁴ Ver HRC: Comentário Geral 32, §53.

⁵³⁵ Regras semelhantes podem ser encontradas no ICCPR, na Convenção do Trabalhador Migrante, na Convenção Americana e na Convenção Europeia. Ver Hammern v. Noruega, 30287/96, Corte Europeia, 2003, §§47-49; Dumont v. Canada, HRC, UN Doc. CCPR/C/98/D/1467/2006, 2010, §§22-24.

A casuística da compensação é bastante diversa, porém é possível entender que: (a) se a condenação foi revertida em razão de avaliação das mesmas provas e não obtida pela introdução de novas provas, a indenização não é devida⁵³⁶; (b) uma condenação perdoada por qualquer motivo, inclusive humanitários, mas não relacionados com erro judiciário, também não devem ser compensadas;⁵³⁷ (c) também rejeitou-se a indenizar no caso de anulação de condenação por injustiça no processo (desrespeito ao processo justo), ao invés de realizado com base em novas provas do erro judiciário;⁵³⁸ (d) os padrões internacionais não exigem que haja indenização caso haja absolvição nas instâncias superiores, em razão de recurso, justamente por não ter havido final condenação, no entanto, é comum que as leis nacionais prevejam tal direito.

A Carta Árabe, em oposição, prevê indenização para todo aquele que se sujeitou a um processo criminal e foi inocentado ao final. O Estatuto do ICC permite que a Corte determine a compensação em caso de grave e manifesto erro judiciário se o acusado foi absolvido ao final ou se o caso encerrou-se em razão do erro judiciário.⁵³⁹

Os países devem decretar normas que cuidem da indenização em casos de erro judiciário, regulando os procedimentos para sua aplicação bem como os valores da compensação⁵⁴⁰, no entanto, o fato de não ter a regra não desobriga o pagamento no Estado em que o erro foi cometido.⁵⁴¹ A Corte Europeia também já determinou que não só as perdas financeiras devem ser indenizadas, mas também a aflição, ansiedade e inconveniências geradas pelo erro judiciário⁵⁴² e que, no Brasil, são conhecidas como dano moral.

Quando o erro judiciário resultou da violação de direitos humanos, há o direito à indenização e adicionalmente outras formas de reparação, como restituição, reabilitação e garantias de não repetição.⁵⁴³

⁵³⁶ Ver *Matveyev v. Rússia*, 26601/02, Corte Europeia, 2008, §§39-45.

⁵³⁷ Ver o Comentário Geral HRC 32, §53 sobre o artigo 14(6) do ICCPR.

⁵³⁸ Ver *Irving v. Austrália*, HRC, UN Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002, §§8.3-8.4.

⁵³⁹ Ver Artigo 19(2) da Carta Árabe e artigo 85(3) do Estatuto do ICC.

⁵⁴⁰ Ver HRC Comentário Geral 32, §52.

⁵⁴¹ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 228.

⁵⁴² Ver *Poghosyan e Baghdasaryan v. Armênia* 22999/06, Corte Europeia, 2012, §§49-52.

⁵⁴³ Ver HRC, Comentário Geral 31, §16 e também os princípios 18-23 dos Princípios Básicos sobre Reparação. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> acesso em 27 de novembro de 2016.

4.1.6 Direito a um julgamento justo e Tribunais Especiais

Os tribunais especiais, militares e de segurança nacional são analisados constantemente diante das garantias do processo justo e, mesmo não havendo regras escritas diferentes das aplicáveis ao judiciário, tem-se observado uma preocupação crescente com a violação das garantias do processo justo em diferentes situações. As regras internacionais não proíbem a criação destes tribunais especiais, porém não dispensam as garantias do processo justo que, frequentemente, não são observadas. Os tribunais especiais cuidam de situações especiais, como é caso de crimes contra o estado, terrorismo, drogas.⁵⁴⁴

Os tribunais especiais não devem ser criados com o objetivo de deslocar a jurisdição pertencente aos tribunais judiciais ordinários, como se lê no princípio 5 dos Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário⁵⁴⁵.

Observam-se vários casos em que os tribunais especiais violaram as garantias do processo justo. O primeiro deles é (1) caso em que, sem explicar que aspecto do processo não estava em conformidade com o artigo 14, o Comitê dos Direitos do Homem concluiu que os Tribunais Especiais de Justiça da Nicarágua “não ofereciam garantias de um processo justo previstas” naquele artigo, sendo que no caso em questão, o autor tinha sido condenado a 30 anos de prisão devido ao fato de ter criticado abertamente a orientação marxista dos sandinistas.⁵⁴⁶ O segundo (2) é caso em que o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos concluiu que os tribunais militares com competência para julgar civis por traição no Peru violavam o artigo 8º, n. 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos uma vez que não eram independentes e imparciais e porque sendo compostos por

⁵⁴⁴ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 218.

⁵⁴⁵ Ver Princípio 5 disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵⁴⁶ Comunicação n. 328/1988, R. Z. Blanco v. Nicaragua (Parecer adotado em 20 de julho de 1994), in documento das Nações Unidas GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 18, § 10.4.

juízes “sem face”, os acusados não tinham qualquer possibilidade de saber a sua identidade e de avaliar a sua competência e nem mesmo recorrer quanto à sua imparcialidade.⁵⁴⁷

Esses tribunais especiais no Peru e na Colômbia violaram o direito ao processo justo porque os julgamentos não eram públicos, os acusados não podiam indicar advogados de sua escolha e também tinham limitações para apontar e questionar testemunhas e apresentar outras provas.⁵⁴⁸ O terceiro (3) é o caso em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou em diversos casos que os Tribunais de Segurança Nacional que julgavam civis na Turquia careciam da independência e imparcialidade exigidas pelo artigo 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e não podiam, em consequência, garantir o direito dos queixosos a um julgamento justo. A razão pela qual os Tribunais de Segurança Nacional não cumpriam as exigências do artigo 6º, n. 1 a este respeito prendia-se com o fato de que um de seus três membros era juiz militar pertencente ao exercito e sujeito à disciplina militar e aos relatórios militares de avaliação, retirando-se a garantia de sua imparcialidade; para além disso, os juízes do Tribunal de Segurança Nacional dispunham de um mandato de apenas quatro anos, renovável.⁵⁴⁹

Há uma crescente preocupação com as cortes especiais que cuidam dos casos relacionados com terrorismo, justamente porque seus procedimentos são inconsistentes em relação aos direitos ao processo justo, principalmente o de ser julgado diante de um tribunal imparcial e independente, o ter as provas excluídas quando obtidas por tortura ou maus tratos e o direito de recorrer a um tribunal superior.⁵⁵⁰

Os tribunais costumeiros ou tradicionais também devem respeitar os padrões do processo justo, porém já se observou falhas na concessão do direito a um advogado, direito a intérprete e proibição de discriminação, por isso mesmo tem-se recomendado que tais tribunais: (a) se limitem a analisar crimes que representem ofensas menores; (b) que seus procedimentos sejam consistentes com os padrões do processo justo; (c) que seus julgamentos sejam validados pelos tribunais estatais sob a luz de tais garantias e que (d) os

⁵⁴⁷ TIADH, Caso Castillo Petruzzi et al. c. Peru, sentença de 30 de maio de 1999, Série C, N. 52, pp. 196-197, §s 129-134.

⁵⁴⁸ Ver HRC Comentário Geral 32, §23; *Becerra Barney v. Colombia*, UN Doc. CCPR/C/87/D/1298/2004, 2006, §§7.2-8; *Guerra de la Espriella v. Colombia*, UN Doc. CCPR/C/98/D/1623/2007, 2010, §9.2-9.3; *Polay Campos v. Peru*, UN Doc. CCPR/C/61/D/577/1994, 1997, §8.8.

⁵⁴⁹ TEDH, Caso *Çiraklar c. Turquia*, sentença de 28 de Outubro de 1998, Relatórios de 1998-VII, pp. 3072-3074, §s 37-41.

⁵⁵⁰ Ver Relatório Especial sobre Direitos Humanos e Contra-terrorismo, UN Doc. A/63/223, 2008, §45(b).

acusados tenham o direito de recorrer sobre a desconformidade com as garantias do processo justo, principalmente as mencionadas no ICCPR.⁵⁵¹

Decorre da jurisprudência da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos que as disposições do artigo 7º da Carta Africana devem ser consideradas inderrogáveis e que todos os tribunais, incluindo os tribunais militares, deverão ser imparciais e garantir um processo justo em todas as circunstâncias.⁵⁵²

A análise da justiça dos procedimentos nas cortes especiais geralmente observa: (i) se a corte foi estabelecida pela lei; (ii) se a jurisdição da corte garante a não discriminação e a igualdade de tratamento⁵⁵³; (iii) se os juízes são independentes do executivo ou de outras autoridades; (iv) se os juízes são competentes e imparciais; (v) se há conformidade com os padrões internacionais do processo justo, inclusive o direito ao recurso⁵⁵⁴. Por estes motivos o Tribunal do Povo da Líbia violou os direitos a um processo justo, pois não permitia acesso do acusado aos arquivos do caso ou às acusações, não permitia a representação do acusado por advogado de sua escolha. O tribunal foi substituído pelo Tribunal de Segurança do Estado em 2005, sem que houvesse clara distinção deste e o tribunal substituído.⁵⁵⁵ Na Nigéria, os tribunais estabelecidos sob a Lei dos Distúrbios Cíveis, falharam ao ter sua composição determinada discricionariamente pelo executivo⁵⁵⁶. Na Mauritânia, os casos criminais que foram transferidos para a Corte Especial também falharam nas garantias do processo justo porque na sua composição, a autoridade máxima era um militar, assistido por dois membros das forças armadas.⁵⁵⁷

⁵⁵¹ Ver Comentário Geral HRC 32, §24.

⁵⁵² Vide, por exemplo, CADHP, Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria, Comunicação n. 218/98, decisão adotada durante a 29ª sessão ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001, p. 3 da decisão conforme publicada em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>.

⁵⁵³ O direito à igualdade de tratamento (*equality*) significa que em situações similares os procedimentos devem ser similares, de forma que se houver outros procedimentos diferentes, deve haver justificativa objetiva e razoável para justificá-la. Ver Kavanagh v. Irlanda, UN Doc. CCPR/C/71/D/819/1998, 2001, §§10.2-10.3; HRC Comentário Geral 32, §14 e Observações Conclusivas: Irlanda, UN Doc. CCPR/C/IRL/CO/3, 2008, §20.

⁵⁵⁴ Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 220.

⁵⁵⁵ Ver HRC Observações Conclusivas: “Lybian Arab Jamahiriya, UN Doc. CCPR/C/LBY/CO/4, 2007; ver República Árabe Síria, UN Doc. CCPR/CO/84/SYR, 2005, §10.

⁵⁵⁶ Ver International Pen, Constitutional Rights Project, Interrights representando Ken Saro-Wiwa Jr e Organização das Liberdades Cíveis v. Nigéria, 137/94, 139/94, 154/96 e 161/97, Comissão Africana, 12º Relatório Annual, 1998, §86.

⁵⁵⁷ Ver Associação Africana do Malawi e outros v. Mauritânia, 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 e 210/98, Comissão Africana, 13º Relatório Annual, 2000, §§98-100. Cfr. Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 220.

As cortes especializadas podem ser criadas com a devida justificativa, como por exemplo, para julgar jovens abaixo dos 18 anos ao tempo em que os crimes foram cometidos ou, quando composto por especialistas, para julgar violência baseada no gênero como medida temporária como reparação das injustiças enfrentadas por tais vítimas⁵⁵⁸ e, por fim, os tribunais militares devem julgar membros das forças armadas em relação à disciplina militar.

O Alto Comissário dos Direitos Humanos já solicitou aos EEUU que assegure um julgamento nas cortes locais para os detidos nas prisões de Guantanamo, principalmente porque nas comissões militares de julgamento, os juízes são apontados e destituídos por autoridades do executivo (Departamento de Defesa Norte-americano), incluindo o presidente, constituindo grave violação dos direitos a um processo justo.⁵⁵⁹ A Comissão Africana concluiu que o julgamento de crimes comuns (roubo) de militares e civis por um tribunal militar violaram os padrões regionais de uma “boa justiça”.⁵⁶⁰

Os tribunais militares também podem ser lenientes com o julgamento de determinados casos, como já ocorreu no julgamento dos membros das forças de segurança, situações em que acabam gerando impunidade, por isso, acabam por ofender o processo justo.⁵⁶¹ A questão é que as cortes militares não devem ter jurisdição para analisar casos de ofensas aos direitos humanos de civis⁵⁶², sendo recomendado que os tribunais judiciais cuidem dos casos de violação dos direitos humanos em que os acusados são militares ou membros da polícia⁵⁶³.

A Corte Europeia tem solicitado informações em cada caso para saber os motivos pelos quais civis são processados perante cortes militares, não sendo aceita a justificativa

⁵⁵⁸ Ver Relatório Especial sobre a Independência de Juízes e Advogados, UN Doc. A/66/289, 2001, §§58, 97.

⁵⁵⁹ Ver Relatório Anual OHCHR, 2010, pp. 32-33. Disponível em http://www2.ohchr.org/english/ohchrreport2010/web_version/media/pdf/0_Whole_Report.pdf, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵⁶⁰ Ver *Wetsh'okonda Koso e outros v. República Democrática do Congo*, 281/2003, Comissão Africana, 26º Relatório Anual, 2008, §§85-87 (Anexo 2, p. 26), disponível em http://www.achpr.org/files/activity-reports/26/achpr45eo6_actrep26_20082009_eng.pdf, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵⁶¹ Os exemplos são bem conhecidos em países como a Colômbia, Indonésia e Perú e foram apontados no Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, UN Doc. A/51/457, 1996, §125.

⁵⁶² Ver *Radilla-Pacheco v. México*, Corte Interamericana, 2009, §274.

⁵⁶³ Ver HRC Observações Conclusivas: Líbano, UN Doc. CCPR/C/79/Adendo 78, 1997, §14; Brasil, UN Doc. CCPR/C/BRA/CO/2, 2005, §9; México, UN Doc. CCPR/C/MEX/CO/5, 2010, §§11, 18; Colômbia, UN Doc. CCPR/C/COL/6, 2010, §14; CAT Observações Conclusivas: México, UN Doc. CAT/C/MEX/CO/4, 2006, §14. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 224.

de mera previsão legal⁵⁶⁴ – o que não faria sentido se o sistema jurídico atual fosse um império da pura legalidade, a provar que o processo justo exige mais do que a legalidade. A desconfiança com os tribunais militares já fez com que o Comitê solicitasse que Israel deixe de processar crianças palestinas nos tribunais militares⁵⁶⁵.

O ponto de criação de padrões que densificam o entendimento do processo justo foi percebido pelo Tribunal Interamericano que, inclusive, em alguns casos, admitiu a inexistência de previsão num sentido expresso, construindo uma base para a interpretação *criativa*. Assim é que o Tribunal Interamericano tem advertido que os sistemas de administração de justiça militar apresentam desafios para a proteção do devido processo (art. 8º) e, em menor medida, em matéria de proteção judicial (art. 25), bem como no dever de investigar e julgar os responsáveis pelas violações de direitos humanos (art. 1.1). Por este motivo, diversos padrões foram desenvolvidos – mesmo sem expressa previsão na Convenção Americana – constituindo-se uma interpretação das garantias do devido processo favorável ao indivíduo. Tais padrões recomendam a exclusão da jurisdição militar (i) o julgamento de causas que envolvam civis; (ii) militares aposentados e (iii) e outros casos que não representem o militar na ativa em relação às questões militares.⁵⁶⁶

Os tribunais militares costumam servir para a quebra das garantias do processo justo em muitos países da África e em muitas situações ocorridas na América do Sul, tanto que já se declarou que “quando um tribunal militar tem jurisdição sobre temas que um tribunal não militar teria, o direito do acusado de ser ouvido por um tribunal competente, independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei e, por fim, o direito ao devido processo foi violado.”⁵⁶⁷

O embasamento para essa lógica é a de que o direito ao devido processo é resultado de uma progressão histórica, pois novas exigências requerem a agregação de novos elementos e critérios que permitam a sua efetiva proteção. Destaca-se o artigo 8 do Pacto de San José, tal como foi interpretado pela Corte IDH: “se refiere al conjunto de requisitos

⁵⁶⁴ Ver HRC Comentário Geral 32, §22; WGAD, UN Doc. A/HRC/7/4, 2008, §§65-66; Ergin v. Turquia, (No.6), 47533/99, Corte Europeia, 2006, §47; HRC: Kurbanova v. Tajiquistão, UN Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002, 2003, §7.6; Madani v. Argéria, UN Doc. CCPR/C/89/D/1172/2003, 2007, §8.7; El-Abani v. Libyan Arab Jamahiriya, UN Doc. CCPR/C/99/D/1640/2007, 2010, §7.8.

⁵⁶⁵ Ver HRC Observações Conclusivas: Israel, UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 2010, §22.

⁵⁶⁶ *Cfr.* Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, fondo, reparaciones y costas... párr. 142.

⁵⁶⁷ Ver Castillo v. Petruzzi e outros v. Peru, 1999, §128, Radilla-Pacheco v. México, 2009, §273; Cantuta v Peru, 2006, §§138-143, todas da Corte Interamericana.

que deban observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos.”⁵⁶⁸ Em matéria penal implica que “um acusado possa fazer valer seus direitos e defender seus direitos de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados”.⁵⁶⁹

4.1.7 Direito a um julgamento justo em situações de emergência

O estado de emergência é definido como uma resposta legal e temporária a uma ameaça, não se admitindo um estado de emergência permanente, assim, por razões práticas, a Corte Europeia analisa a proporcionalidade da medida e os mecanismos de contínua revisão de sua necessidade.⁵⁷⁰ A ameaça deve ser atual ou iminente, deve afetar o país todo, deve ameaçar a continuidade da vida organizada, deve ser excepcional tanto que as medidas restritivas normalmente permitidas não se mostrem efetivas.⁵⁷¹ As cortes internacionais não interferem na caracterização da emergência, mas analisam se as medidas que derrogam os direitos indicados nos tratados foram necessárias e proporcionais para atender à emergência.⁵⁷²

O estado de emergência permite que certos direitos humanos possam ser temporariamente derrogados em situações excepcionais e na extensão estritamente requerida para o enfrentamento da emergência. Estas previsões podem ser encontradas no

⁵⁶⁸ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A N. 18, párr. 123.

⁵⁶⁹ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A N. 18, párr. 124.

⁵⁷⁰ Ver *A. e outros v. Reino Unido*, 3455/05, Corte Europeia, Pleno, 2009, §178.

⁵⁷¹ Ver o Caso *Grego: Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda v. Grécia*, 3321/67, 3323/67, 3344/67, Comissão Europeia, 1969, §113.

⁵⁷² Nos caso da Turquia e do Peru as cortes não entenderam que as medidas seriam estritamente necessárias e proporcionais para enfrentar a emergência apontada: *Aksoy v. Turquia*, 21987/93, Corte Europeia, 1996, §§68-70 e *Castillo Petruzzi e outros v. Peru*, Corte Interamericana, 1999, §109. A proporcionalidade determina que a derrogação seja razoável em vista do que seria necessário para tratar de determinada ameaça emergencial à vida da nação; também é necessário a constante verificação, pelo executivo e legislativo, sobre a possibilidade de cessação do estado de emergência. Ver a este respeito HRC Observações Conclusivas: Argélia, UN Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, 2007, §4; Israel, UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 2010, §7.

ICCPR, na Convenção Americana, na Carta Árabe e na Convenção Europeia. Os Princípios sobre o Direito ao Processo Justo na África não aceita qualquer derrogação nos direitos do processo justo.⁵⁷³ Em casos de pena de morte, mesmo em tempos de emergência, o Comitê dos Direitos Humanos entende que os direitos ao processo justo devem ser garantidos, conforme os artigos 14 e 15 do ICCPR.⁵⁷⁴ Na Convenção Europeia não há uma cláusula determinando a não discriminação como direito não derogável em casos de emergência, porém entendeu-se que por razões de segurança nacional não poderia o Reino Unido discriminar nacionais e estrangeiros.⁵⁷⁵

Para assegurar o respeito ao Estado de Direito e aos Direitos Humanos, tanto a declaração de emergência e as medidas adotadas, além de atender às regras procedimentais impostas pelos tratados internacionais, também devem se sujeitar à revisão judicial de conformidade com as leis nacionais e internacionais.⁵⁷⁶

As restrições impostas no estado de emergência obriga o Estado a atentar para todas as suas obrigações determinadas pelos tratados internacionais, pelo Direito Humanitário Internacional e pelo Direito Costumeiro Internacional⁵⁷⁷, o que impõe: (i) respeitar os direitos não expressamente derogados ou derogáveis baseados em outros tratados internacionais; (ii) no Direito Costumeiro Internacional, os direitos ao processo justo não são derogáveis, por isso, devem ser respeitados e (iii) quando o Direito Humanitário é aplicável, ou seja, durante os conflitos armados nacionais ou internacionais e ocupação, as garantias do processo justo também são aplicáveis.

Na situação de emergência criada pelo terrorismo, a Corte Europeia julgou consistente as medidas adotadas pelo governo do Reino Unido que mantinha o suspeito preso por sete dias antes de ser apresentado a um juiz, porém disponibilizava advogado em 48 horas e cuidados médicos, possibilitando ao acusado se voltar contra a legalidade da

⁵⁷³ Seção R dos Princípios sobre o Direito ao Processo Justo na África.

⁵⁷⁴ Ver HRC Comentário Geral 29 §16.

⁵⁷⁵ Ver *A. e outros v. Reino Unido*, 3455/05, Pleno da Corte Europeia, 2005, §§186-190.

⁵⁷⁶ Ver Relatório Especial sobre Estado de Emergência, UN Doc. E/CN.4/Sub 2/1997/19, 1997, §151; Relatório Especial sobre a Independência de Juizes e Advogados, UN Doc. A/613/271, 2008, §§16-19; Seção B, n. 5 dos Padrões Mínimos dos Direitos Humanos nos Estados de Emergência de Paris, disponível em <http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/ParisMinimumStandards.pdf>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵⁷⁷ Ver artigo 4(1) do ICCPR; artigo 27(1) da Convenção Americana; artigo 4(1) da Carta Árabe; artigo 15(1) da Convenção Europeia.

prisão e notificar parentes.⁵⁷⁸ Julgou, por outro lado, inconsistente as medidas da Turquia que mantinham o suspeito detido por 14 dias antes de ser trazido diante de um juiz, sujeito à tortura e mantido sem comunicação e sem possibilidades realistas de reclamar da legalidade de sua detenção.⁵⁷⁹

O Comitê de Direitos Humanos e a Corte Interamericana reconhece que, remanece obrigatórios os direitos ao processo justo, mesmo em tempo de emergência, devido ao Direito Humanitário Internacional.⁵⁸⁰ Desta forma, são consideradas as seguintes garantias não exaustivas do processo justo em tempo de emergência: (a) a proibição da tortura e do tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante – inclui a tortura para obtenção de prova e também a prolongada situação de incomunicabilidade; (b) o direito das pessoas aprisionadas serem tratadas com dignidade; (c) a proibição dos desaparecimentos forçados; (d) proibição da detenção arbitrária e da falta de informação sobre os motivos da detenção; (e) o direito a ser reconhecido como pessoa perante o direito – direito de acesso aos tribunais para reivindicar a proteção aos direitos individuais; (f) o direito de petição, inclusive para desafiar a legalidade da prisão – este direito não está na lista dos não derogáveis pela Convenção Europeia, porém foi assim reconhecido na jurisprudência como forma de evitar abusos⁵⁸¹; (g) o direito a que seu processo esteja diante de um tribunal independente, imparcial e competente; (h) direito a um julgamento público quando no interesse da justiça; (i) o direito de requerer claras e precisas definições dos crimes e punições; (j) o direito de que a lei mais benéfica será aplicada, inclusive retroativamente; (k) a obrigação de separar as pessoas detidas preventivamente e as aprisionadas por condenação, respeitando a situação de não condenadas; (l) o direito à presunção de inocência; (m) o direito à assistência judiciária aos que não puderem pagá-la; (n) a proibição de punições coletivas; (o) a observância de que o principal objetivo da pena é a reabilitação; (p) o direito a não ser duplamente condenado; (q) ser garantido o direito ao *habeas corpus* e *amparo* para proteger os direitos não derogáveis; (r) o direito à remédios

⁵⁷⁸ Ver *Brannigan e McBride v. Reino Unido*, Corte Europeia, 14553/89, 14554/89, 1993, §§55, 61-66.

⁵⁷⁹ Ver *Aksoy v. Turquia*, 21987/93, Corte Europeia, 1996, §§83-84.

⁵⁸⁰ Ver HRC Comentário Geral 29, §15; Corte Interamericana: Opinião de Aconselhamento OC-8/87, 1987 e OC-9/87, 1987. *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 235.

⁵⁸¹ Ver *Brannigan e McBride v. Reino Unido*, Corte Europeia, 14553/89, 14554/89, 1993, §§55-56, 62-64 e *Aksoy v. Turquia*, 21987/93, Corte Europeia, 1996, §§82-84.

judiciais efetivos para as violações dos direitos humanos e (s) o direito à compensação para os réus absolvidos por um julgamento final.⁵⁸²

Nos casos de pena de morte os direitos relativos ao processo justo não são derogáveis em situações de emergência, sendo que sua execução diante de falhas nas observações dos padrões internacionais, representa a violação do país ao direito à vida.⁵⁸³ Ainda assim, devem ser observados que: (a) os países signatários do Protocolo 13 da Convenção Europeia não devem impor pena de morte em tempo algum; (b) os países signatários do Segundo Protocolo Opcional do ICCPR, do Protocolo à Convenção Americana para Abolir a Pena de Morte ou Protocolo 6 da Convenção Europeia devem suspender as penas de morte em situações de emergência, sendo exceção para o estado de guerra, quando sua imposição é tolerada se houver grave crime de natureza militar, sempre após a condenação em um processo criminal que seguiu os padrões do processo justo; (c) é inderrogável a determinação de que as penas de morte não devam ser impostas às pessoas abaixo de 18 anos e nem acima de 70 (pela Convenção Americana) e nem às mulheres grávidas.⁵⁸⁴

O Direito Humanitário Internacional garante os direitos do processo justo a qualquer tempo, inclusive durante os conflitos armados internacionais e nacionais e situações de emergência, sendo citados os direitos essenciais mínimos e não derogáveis: (a) o direito de ser julgado por uma corte independente, imparcial e regularmente constituída; (b) o direito à presunção de inocência; (c) o direito a ser informado da natureza e causa da acusação; (d) o direito de ter os meios necessários para a defesa; (e) o direito de ser julgado sem atraso indevido; (f) o direito de examinar as testemunhas; (g) o direito da assistência de um intérprete; (h) o direito de estar presente ao julgamento; (i) o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si ou confessar a culpa; (j) o direito de que seu processo seja público; (k) o direito das pessoas condenadas saber quais são os remédios disponíveis, seus prazos e suas formas de exercício e (l) o direito à proibição do “non bis in idem”.⁵⁸⁵

⁵⁸² *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 235-237.

⁵⁸³ Ver HRC Comentário Geral 29, §15; Comentário Geral 32, §6; *Öcalan v. Turquia*, 46221/99, Pleno da Corte Europeia, 2005, §§165-166; *Al-Saadoon e Mufdhi v. Reino Unido*, 61498/08, Corte Europeia, 2010, §§115-120.

⁵⁸⁴ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, pp. 236-237.

⁵⁸⁵ Ver a Regra 100 comentada do Direito Costumeiro Humanitário Internacional, disponível em https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule100, acesso em 27 de novembro de 2016.

O Comitê de Direito Humanos entende que as regras do ICCPR são aplicáveis onde as regras do Direito Humanitário Internacional também o são (conflitos armados)⁵⁸⁶, isso porque as regras do Direito Humanitário Internacional contém somente um mínimo de garantias que são complementadas pelas regras atuais de direitos humanos. A Corte Internacional de Justiça entende que há três situações possíveis: há direitos que são exclusivos do Direito Humanitário Internacional; há outros previstos nos tratados de Direitos Humanos e há aqueles previstos em ambos. “O direito ao processo justo é compreendido na última categoria, porque as regras se complementam e reforçam este direito.”⁵⁸⁷ Os conflitos aparentes entre os dois grandes sistemas de direito apontados são resolvidos pela escolha da regra mais protetiva, sendo preferível a “interpretação conforme” em que ambas proteções são interpretadas de forma complementar e consistentes uma em relação à outra.⁵⁸⁸ A aplicação dos direitos ao processo justo não podem ser interpretados para infringir outras regras mais protetivas mencionadas em outras normas de Direito Internacional⁵⁸⁹, sendo que as garantias devem ter conteúdos específicos oriundos de outras leis internacionais aplicáveis⁵⁹⁰, ou seja, as garantias mínimas ganham a significação das regras mais recentes em aplicação. Esclarece-se que quando o Direito Humanitário Internacional não traz previsão específica sobre os direitos do processo justo, não significa que tais direitos podem ser violados, isso porque são mencionados apenas os requisitos mínimos, mas o direito ao processo justo é amplamente previsto e incorpora uma gama grande de garantias contemporâneas. Essa interpretação, por exemplo, implica que as garantias do processo justo devem ser aplicadas aos estados e aos grupos armados opositores o que só pode ser garantido efetivamente se houver julgamento por um tribunal criminal internacional ou para um outro país que esteja exercitando uma jurisdição universal sobre tais casos.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Ver Comentário Geral HRC 31, §11.

⁵⁸⁷ Ver Comentário Geral HRC 31, §11.

⁵⁸⁸ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 241.

⁵⁸⁹ Ver Artigo 75(8) do Protocolo Adicional à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 e relative à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais – Protocolo I de 8 de junho de 1977. Disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/WebART/470-750096?OpenDocument>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵⁹⁰ Ver Jakob Kellenberger, Presidente do ICRC: Declaração sobre o 27ª Mesa Redonda Anual sobre os problemas atuais do Direito Humanitário Internacional, setembro de 2003, p. 648, disponível em https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_851_kellenberger.pdf, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁵⁹¹ *Cfr.* Anistia Internacional. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014, p. 243.

4.2. Jurisprudência como agente de densificação normativa internacional e o processo penal justo

A jurisprudência dos tribunais internacionais tem-se constituído em material para a proposta de novas regras sobre direitos humanos e, em especial, sobre o direito ao processo justo, bem como para vincular os países no cenário internacional para a observância de tais direitos, independente da previsão em suas leis locais ou a despeito delas, como nos casos em que a lei local prevê o julgamento de civis pelos tribunais militares, porém esta justificativa isolada não garante os direitos ao processo justo.⁵⁹² Desta forma, a jurisprudência atua também como exemplo para modificações internas; também como parâmetros para que os julgamentos internos não sejam contraditórios em relação aos padrões internacionais do processo justo e, de outro lado, atuam também interferindo diretamente na forma como determinado país julga seus casos ou edita suas normas, quando tais atos foram submetidos diretamente à apreciação daqueles organismos para serem julgados. O papel dos tribunais internacionais ultrapassam as barreiras da mera influência, como no caso do TEDH em que determina reparações para os ato de violação para cada Estado, com claro objetivo de dissuadir entendimentos contrários nas respectivas jurisdições nacionais.⁵⁹³

Este movimento criado a partir de regras comuns a qualquer processo e que podem ser tratadas por quaisquer tribunais, acaba por densificar os resultados da jurisprudência, justificando a formação de uma teoria dos precedentes judiciais, inclusive para que se evitem o arbítrio consistente em ignorar o resultado de decisões anteriores e correr o risco de incoerentes decisões que julguem diferente situações semelhantes ou interpretem diferentemente o conteúdo das mesmas normas jurídicas.⁵⁹⁴ O estágio atual de globalização é irreversível, pelo que é insuficiente ratificar e incorporar tratados que cuidem de

⁵⁹² Ver HRC Comentário Geral 32, §22; WGAD, UN Doc. A/HRC/7/4, 2008, §§65-66; El-Abani v. Libyan Arab Jamahiriya, UN Doc. CCPR/C/99/D/1640/2007, 2010, §7.8.

⁵⁹³ *Cfr.* RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional – O uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016, p. 184.

⁵⁹⁴ *Cfr.* VEIGA FRANCO, Marcelo. *Processo Justo: Entre Efetividade e Legitimidade da Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, pp. 116-117.

Direitos Humanos (e neles sobre o processo justo) sem aceitar a integralidade de suas consequências, ou seja, passar a considerar a interpretação internacional dada a tais direitos e não produzir uma interpretação nacional daquelas regras.⁵⁹⁵ É crescente a necessidade de se aprender a lidar com as decisões internacionais e suas influências nos sistemas jurídicos, tanto que no sistema regional da América Latina, tem-se propugnado formas de avançar no diálogo jurisdicional mediante o controle de convencionalidade tanto realizado pela Corte Interamericana como também pelas Cortes nacionais, destacando-se os desafios para a criação de um “*ius commune*” latino-americano e fazer valer o sistema jurídico trapezoidal centrado nos direitos humanos no lugar do desgastado sistema no formato piramidal, para isso os desafios são: (a) promover ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e OEA; (b) fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica; (c) fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade; (d) fomentar programas de capacitação para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de cada país; (e) dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais para seu fortalecimento; (f) aprimorar mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno e (g) dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais.⁵⁹⁶

Dentro das proteções inerentes aos Direitos Humanos encontra-se a proteção ao processo penal justo⁵⁹⁷, de forma a cristalizar um conjunto de garantias a ser observadas em todo e qualquer processo criminal para que a imposição de uma pena seja considerada justa, não mais por um padrão nacional e isolado, mas por padrões reiteradamente testados com relação à diversas culturas, diversas situações e em relação à prática efetiva de muitos países. É um avanço que produz efeitos imediatos densificando a experiência do que seja o processo justo para além do limite nacional da lenta produção legislativa ou do labor exclusivo do Judiciário nacional. Está-se, em teoria, revitalizando as ideias do

⁵⁹⁵ Assim também se posiciona RAMOS, André Carvalho *in* Pluralidade de ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, Revista da Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan/dez. 2011/2012, pp. 516-517.

⁵⁹⁶ *Cfr.* PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições *in* MAZZETTI, Luca. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.), Diálogo entre Cortes. A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, pp. 83-116.

⁵⁹⁷ No processo penal das convenções e dos tratados internacionais, a produção de normais processuais procurou garantir a proteção dos direitos humanos “com o intuito de estabelecer paradigmas para o processo penal justo.” *Cfr.* FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional *in* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito Processual Penal Internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

jusnaturalismo, não mais centrado no conceito de divindade e subserviência do indivíduo ao soberano, mas centrado na racionalidade e no homem, verificando e consagrando os direitos inatos do ser humano e que devem ser respeitados pelo Estado, construindo o que se denomina hoje de jusnaturalismo moderno, conceito fundamental para se entender o processo justo ou o devido processo penal.⁵⁹⁸

⁵⁹⁸ *Cfr.* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os caminhos da internacionalização do processo penal *in* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito Processual Penal Internacional. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 30-33 especialmente o tópico inicial “a construção de um paradigma universal do devido processo penal”.

CAPÍTULO V – TEORIA DO PROCESSO JUSTO

5.1. Necessidade de soluções práticas para casos concretos

É importante notar que a observância do padrão conhecido como processo penal justo – porque inclui uma série de direitos e garantias processuais, demandam atos práticos muito além de formulações teóricas. Assim, a engenhosidade da razão humana, pela jurisprudência dos tribunais internacionais, é chamada a apresentar soluções práticas para os casos concretos. Na construção de tais soluções, baseados nos textos específicos de cada tribunal, percebe-se que tais textos, por ser genéricos em alguns aspectos, não são suficientes para municiar do necessário fundamento para os casos que são colocados diante das cortes internacionais.

Já se entendeu que há necessidade de imaginação e criatividade para ultrapassar tais desafios. A hermêutica tem limites para uma interpretação do sentido das palavras, sendo que outros recursos estão sendo usados: (1) a aplicação de outros tratados e convenções sobre os direitos humanos – como se vê nos casos julgados pela CADHP; (2) a aplicação de regras previstas nos estatutos de tribunais penais “ad hoc” e permanente; (3) a utilização de jurisprudência dos próprios tribunais e de outros congêneres. Todos esses recursos de criação fazem surgir regras novas, que agregam novo sentido ao processo penal justo, sempre no sentido de robustecer o conjunto dos direitos relacionados ao processo penal justo.

É assim que já se entendeu que a aplicação das garantias do processo penal justo deve ser conduzida por uma interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos que produza resultados práticos e efetivos, em oposição às construções teóricas e

ilusórias.⁵⁹⁹ Isto é assim porque não há dúvidas que o direito a um julgamento penal justo faz parte dos Direitos Humanos.⁶⁰⁰ Essa formulação traz algo novo: a necessidade de soluções efetivas e concretas que não mais se satisfazem por formulação meramente legislativa, de maneira que os direitos devem ser eficazes e efetivos na realidade, não bastando a mera formulação legislativa ou a existência de decisões judiciais sem ou quase sem efeito prático algum.

5.2. Insuficiência das soluções jurídicas para um critério uniforme de processo justo

Pesquisar o significado de um processo penal justo é fazer uma fotografia de uma realidade dinâmica, a ponto de que a cada vez que se debruçar sobre o tema, teremos uma imagem diferente, que incorpora novas interpretações e novas decisões, criadas pela jurisprudência das cortes internacionais, de maneira que o elemento constante é a transformação que transborda os paradigmas normativos comuns de aplicação do direito. Os tratados internacionais procuram dar maior efetividade aos direitos compreendidos na expressão processo justo e as cortes internacionais têm se utilizado da pesquisa e da adoção do diálogo das cortes para enriquecer e aperfeiçoar esse conjunto de garantias.

As salvaguardas hoje existentes procuram ser mais efetivas em certas situações como no caso de pena de morte ou na aplicação do processo justo ainda reduzido a um mínimo de garantias durante os conflitos armados e em situações de emergência, acobertados pelo Direito Costumeiro Humanitário Internacional quando os tratados e outros instrumentos se mostram insuficientes para obrigar à observação do processo justo penal. Em várias decisões nota-se o recurso ao teste de tolerância a certas medidas, verificando se seriam “necessárias numa sociedade democrática”, ou em outras palavras, se no atual estágio do desenvolvimento e da cultura de um povo, tais medidas analisadas não

⁵⁹⁹ Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso *Allenet de Ribemont v. França*, julgado de 10 de fevereiro de 1995, Série A, N. 308, p. 16, § 35.

⁶⁰⁰ *Cfr.* HARRIS, David. The right to a fair trial in criminal proceedings as a human right. In [International and Comparative Law Quarterly](#) / Volume 16 / Issue 02 / April 1967, pp 352-378.

estariam além ou aquém dos limites desejados ou aceitáveis pela convivência em sociedade.⁶⁰¹

A Carta Africana parece trazer uma solução bastante ampla porque tem em si a autorização, ao aplicar o direito, valer-se de outros tratados, outros instrumentos legais das Nações Unidas, da doutrina, da jurisprudência, dos costumes geralmente aceitos e princípios gerais de direito, normas internacionais relativas aos direitos humanos e dos povos, tudo para que haja flexibilidade de interpretação e solução de casos que lhe são submetidos.⁶⁰²

5.3. Critério ético e o problema das fontes no processo penal justo

O novo rumo que a jurisprudência das cortes internacionais tem apontado é aquele em que há um fundo ético na orientação da aplicação das garantias do processo penal justo. A dimensão ética se coloca como um valor de difícil objetivação, mas pode-se dizer que é aquela posição sincera em que os atores do processo penal se colocam para que sejam apuradas as infrações penais, em equilíbrio com a garantia de um processo justo, de tal forma como se entendessem que estariam as partes submetidas à dúvida quanto ao resultado final do processo, como se cobertos pelo *véu da ignorância* de Rawls⁶⁰³.

A atitude do juiz, atendendo aos pressupostos de imparcialidade, seria aquela de quem nunca teve contato anterior com os fatos e nem com o acusado, com a verdadeira e sincera vontade de entendê-lo como presumidamente inocente, como qualquer outra

⁶⁰¹ Ver v.g. TEDH, caso Chappel e Reino Unido, sentença de 30 de março de 1989, Série A, n. 152-A, p. 24, §§ 56 e 60; TEDH, Caso Schöenberg e Dumaz, sentença de 20 de junho de 1988, Série A, N. 137, p. 13, § 25; TEDH, Caso Malone c. Reino Unido, sentença de 2 de agosto de 1984, Série A, N. 82, p. 32, § 67; TEDH, Caso Huvig c. França, sentença de 24 de abril de 1990, Série A, N. 176-B, pp. 56-57, §§ 34 e 35.

⁶⁰² Ver artigos 60 e 61 da Carta Africana, disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁶⁰³ O recurso ao véu da ignorância é apenas um recurso teórico para que o autor apresente um concepção de justiça abstrata e geral em que as pessoas não poderiam fazer escolhas com base em preferências que lhes favorecessem, por isso, na posição original – como ponto de partida hipotético – os princípios da justiça seriam escolhidos sob o véu da ignorância, garantindo que ninguém seja favorecido na escolha, pelo que os princípios de justiça seriam resultado de um consenso ou ajuste equitativo sem favorecimentos justamente porque ninguém sabe em que posição se encontra previamente diante deles. *Cfr.* RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, 2a. ed. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 12-13.

pessoa, absolutamente desarmada de qualquer preconceito ou prévia desconfiança. A imparcialidade e a independência do órgão julgador tem sido erigido como melhor critério possível para a garantia da justiça de um processo⁶⁰⁴, sendo que para sua identificação, costuma-se mencionar que a Corte Europeia se vale de quatro critérios para sua avaliação: (i) a forma de designação dos juízes, que não pode ser deixada à escolha discricionária do Executivo; (ii) duração dos mandatos dos juízes; (iii) garantia de independência pela existência de garantias contra as pressões exteriores e (iv) aparência de independência, designada pela frase “justice must not only be done, it must also be seen to be done”.⁶⁰⁵

No entanto, as necessidades atuais parecem exigir um novo patamar para esta questão, exigindo mais do que a aplicação do direito escrito, mais do que a reunião de regras e garantias comuns aos povos e inseridas em instrumentos internacionais, para constituir num consenso geral axiológico sobre a relevância dos direitos humanos para a convivência coletiva.⁶⁰⁶

Os descontentamentos com o normativismo e o positivismo e as tentativas de superar estes modelos está na base da discussão de quais novos instrumentos, posturas ou perspectivas o direito deve tomar para dar concretude às suas regras e, ao mesmo tempo, responder aos anseios de justiça. Não é por outro motivo que, desde a separação do Direito e da Moral, no século passado, existem vários movimentos para reinserir a moral e a ética nas questões jurídicas, seja por um neoconstitucionalismo ou por outras construções.

A questão dos valores volta ao Direito pelos conjunto de princípios que, de maneira elástica, devem dar a melhor resposta coerente para cada caso, respeitando-se o núcleo da dignidade, liberdade e igualdade humana, não apenas se conformando com o seu teor

⁶⁰⁴ VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. Imparcialidad del juez y medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, *passim*.

⁶⁰⁵ GUINCHARD, Serge et alii, Droit Processuel - Droit commun du procès, ed. Dalloz, Paris, 1ª ed., 2001, pp. 444-447.

⁶⁰⁶ “Há três modos de fundar os valores: deduzi-los de um dado objetivo constante, como por exemplo, a natureza humana; considerá-las como verdades evidentes em si mesmas; e, finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceites (precisamente a prova do consenso). (...) A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: essa prova é o consenso geral acerca de sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus ominus gentium* ou *humani generis*.” Cfr. BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem in A era dos direitos (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 46

literal. Esta nova abordagem foi chamada de “abertura da filosofia do direito aos valores ético-políticos”, seja para reconhecer um conteúdo moral e valorativo nos princípios; ou para entender que no direito há um caráter argumentativo dos procedimentos de verificação e aceitação das normas jurídicas; seja para reconhecer uma moral interna ao direito e outra externa, sendo a primeira formada pelos valores constantes dos princípios.

Em resumo pode se entender uma tendência clara para que o direito passe a reconhecer valores universais e a trabalhar globalmente com os direitos humanos.⁶⁰⁷ Neste sentido é que o processo justo não é a mera soma de julgados ou uma coleção de valores, sem objetivação e sem uma coerência que lhe dê sentido e direção, sempre revelando a sua faceta prática e efetiva, que atue e pareça atuar para garantir a justiça no processo.

Atualmente, no processo civil, a garantia do processo justo tem sido buscada pelo novo papel do julgador como garantidor de direitos fundamentais, impondo-lhe o diálogo e participação das partes na construção da melhor aplicação da tutela, deixando o papel solitário no exercício do poder.⁶⁰⁸

No processo penal, o novo e atual patamar é atingido pela superposição de conjuntos de princípios, garantias e valores em etapas de validação internacional dos direitos humanos protetivos do núcleo comum chamado de processo justo. Os direitos humanos têm a tendência de se internacionalizar e se especificar⁶⁰⁹ e por isso, os julgamentos que se refiram a ele são produto de um processo justo e o próprio processo justo é parte inerente deles.

⁶⁰⁷ Ver os capítulos “A crise do positivismo jurídico” e “A abertura da filosofia do direito aos valores ético-políticos.” Cfr. FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*. (trad. Candice Premaor Gullo). São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 01-25.

⁶⁰⁸ “Enfim, o processo justo nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial...” Cfr. THEORODO, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico* in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2(I): 67-41, UNISINOS, janeiro-junho 2010.

⁶⁰⁹ Cfr. LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos – Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 3.

5.4. Por uma síntese: criação e mutação do processo penal justo

O efeito criativo dos direitos humanos, quando o padrão do processo penal justo é cotejado nas decisões das cortes internacionais, demonstra um efeito novo para os direitos humanos na ordem processual. Eles criam regras para além da interpretação. Esse efeito é percebido mas não há estudos suficientes para dar-lhes um contorno como uma teoria, um padrão, uma explicação que pudesse acomodar essa ebulição própria dos direitos humanos e do labor de diferentes tribunais analisando casos transculturais.

Assim, concorda-se com a constatação de que se testemunha “é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos”⁶¹⁰, pelo que “nossa Constituição Federal, a exemplo de tantos outros países, é situada no contexto da abertura à internacionalização dos direitos humanos.”⁶¹¹

Aqui vemos o efeito ser chamado de expansivo, em outras obras é referido como dinamogênese⁶¹² ou como decorrência da necessidade de ultrapassar a mera normatividade ordinária, como um efeito próprio derivado da natureza dos direitos estudados, no que se chamou diálogo das fontes⁶¹³ com aplicação específica para o devido processo penal. Nossa proposta é admitir que o efeito existe e que é próprio da aplicação do processo penal justo com natureza de direitos humanos, sendo interpretado por cortes internacionais. Para este efeito criador, percebe-se que a jurisprudência poderia antecipar o que irá constar nos futuros tratados (seja como regra específica ou como autorização para valer-se de outras fontes, como acontece com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos), de forma que aqui se denomina de *efeito criador*.

O processo justo penal tem dois aspectos importantes que precisam ser observados. O primeiro deles é que todos os julgamentos e todas as condenações são produto de um

⁶¹⁰ *Cfr.* na apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade in PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 47.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 50.

⁶¹² *Cfr.* SILVEIRA, Vladimir Oliveria da. ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos – conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184 e ss.

⁶¹³ *Cfr.* GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 32 e ss.

processo, em qualquer parte do mundo. Neste sentido, ter um órgão acusador, o acusado e sua defesa e um órgão decisório parece ser uma formação esquemática compreensível em qualquer país, independente das contingências culturais, sociais ou econômicas. Neste ponto, o processo criminal é um denominador comum e central à experiência dos povos.⁶¹⁴ Por este motivo, o processo justo criminal é uma produto humano compreensível e a que a experiência dos povos pode ser organizada, analisada, comparada e fiscalizada e ainda é possível comparar e assimilar progressos de forma muito mais simples do que comparar outros produtos culturais como expressos pelos tipos e figuras dos mais diversos ramos de direito material.

O segundo aspecto importante sobre o processo justo é que ele mesmo faz parte dos Direitos Humanos, ao lado de tantos valores da maior importância para a raça humana e que se cristalizaram nos diversos tratados e pactos internacionais, se a princípio para evitar os horrores da guerra, hoje para sedimentar a proteção mínima a que todo ser humano merece diante da organização do Estado para que se desenvolva, participe e floresça na vida em sociedade.⁶¹⁵ Não é concebível que, em qualquer parte do mundo, se aceite um decisão ou punição injustas, como resultado de um processo injusto. Ainda que se veja o valor da justiça como inatingível, as decisões precisam ser justas e também parecer justas e, este objetivo deve ser alcançado partilhando-se uma série de outros princípios – verdadeiros valores – compõe a ideia do justo, cristalizado do pensamento e do consenso dos povos no que se entende por garantias do processo justo como Direito Humano. Quando se seguem os cânones do processo justo, no seu feixe que inclui vários outros direitos e garantias, há uma razoável melhor garantia de que a decisão não tenha sido arbitrária, excessiva, parcial, não independente, tendenciosa, negligente com os argumentos e, portanto, injusta.

⁶¹⁴ A principal mensagem que se pode extrair do movimento de internacionalização do processo penal é que “o exercício do poder punitivo estatal não pode ser concretizado sem a observância de um padrão mínimo de respeitabilidade da liberdade humana. Ou seja, a imposição de sanções penais somente é admitida na medida em que se cumprir o roteiro da dignidade humana. Esta, por seu turno, é uniforme, a despeito das intensas diversidades culturais.” *Cfr.* ZILLI, Marcos Alexandre. Os Caminhos da Internacionalização do Processo Penal *in* FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 38.

⁶¹⁵ O florescimento do ser humano é a ideia central de Direito Natural em John Finnis e parece exprimir a necessidade de desenvolvimento, garantidas a paz, a participação e os direitos básicos como valores inerentes a qualquer sistema jurídico, ainda que não se adote a visão jusnaturalista contemporânea. *Cfr.* FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed.. Nova Iorque: Oxford, 2011, p. 23.

O processo justo, nesta perspectiva cosmopolita e como parte dos Direitos Humanos, é tanto o processo penal quanto o não-penal. No entanto há um traço distintivo que de necessária menção e que empresta coerência a esta pesquisa: o processo penal justo, dentre todos os Direitos Humanos, é aquele que só pode validamente existir dentro de uma estrutura estatal, em outras palavras, existe ao lado da ideia de Estado. Os direitos humanos (vida, saúde, etc.) existem sem o Estado e o papel deste é o de garanti-los; porém o processo penal é um produto da aplicação do poder do Estado e não existe sozinho pela característica de que a sanção é naturalmente indesejada por aquele que a recebe.⁶¹⁶

Os países não estão mais isolados para aplicar suas regras, sua interpretação e o seu critério de justiça quando cuidam do processo criminal, isto porque, como parte integrante da comunidade internacional, devem respeito a padrões internacionais de Direitos Humanos e, dentre eles, o processo justo. Ultrapassou-se a barreira dos julgamentos em que se admitia a interpretação local para *standards* internacionais dos Direitos Humanos. Essa refrigeração, essa ventilação multilateral é caminha para a obrigatoriedade, impondo-se o padrão globalizado para os julgamentos nacionais.

Essa crescente imposição se dá de várias formas. A primeira é pela influência, tanto dos julgados das cortes internacionais de Direitos Humanos como do TPI. A outra é mais direta e é pelos julgados dos casos em que o país participa, muitas vezes decidindo de maneira diversa daquela que o país resolveu o caso localmente. Neste ponto percebe-se a forma do julgado internacional da corte regional, por exemplo, ante a desnecessidade de homologação de sentença estrangeira para as decisões da Corte Interamericana. Os julgados entram em vigor no Brasil diretamente por um decreto presidencial, sem o controle prévio das autoridades judiciais brasileiras,⁶¹⁷ valendo as suas determinações de

⁶¹⁶ O processo que cuida de questões patrimoniais, admite, por seu turno, soluções que são disciplinadas pelo Estado, mas que convive com facilidade com a auto-composição e com o recurso às soluções privadas, como é a arbitragem.

⁶¹⁷ “Fazendo um balance geral, nota-se que o Brasil avançou, não sem dificuldades, no sentido de consolidar um ambiente legal e institucional aberto à implementação das sentenças da Corte Interamericana (e, em última instância, de decisões internacionais em material de direitos humanos). Apesar de ter sido um dos últimos Estados a ratificar a Convenção e a aceitar a jurisdição da Corte, pode-se afirmar que o Estado brasileiro caminhou rumo à construção de normas e arranjos institucionais permeáveis ao cumprimento de seus compromissos internacionais. Isso aconteceu em um context normative favorecido por uma Constituição Federal aberta à agenda de direitos humanos.” CARDOSO CAMPOS, Bárbara Pincowska. A trajetória da Implementação de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In Revista do Instituto

indenização, por exemplo, como título executivo.⁶¹⁸ Se os julgados da Corte Interamericana valem no Brasil e podem rever, em nível internacional, as decisões tomadas pelo Judiciário nacional, valendo-se inclusive de conceitos extraídos de outras cortes internacionais – no diálogo das cortes – é possível concluir que as decisões internacionais permeiam o direito brasileiro para fazer valer no Brasil, os *standards* internacionais do processo criminal justo. Diante desta perspectiva, não há argumento razoável para se evitar os padrões internacionais do processo justo nos julgamentos nacionais, conforme tais padrões sejam entendidos nas e pelas cortes internacionais.⁶¹⁹

A Constituição Federal do Brasil apresenta-se aberta internacionalmente em relação aos Direitos Humanos – e portanto ao processo justo criminal – porque há previsão de que (i) o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (CF, art. 5º, §º); (ii) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mediante aprovação especial, integram o direito brasileiro como parte da constituição, ou seja, como emendas constitucionais (CF, art. 3º, §3º); (iii) porque os Direitos Humanos – entendidos como Direitos Fundamentais – são de natureza expansiva, ou seja, outros decorrentes dos que o Brasil já adotou ou que venham a constar dos tratados internacionais também são compreendidos e inseridos como cláusula pétrea dos direitos e garantias já existentes (CF, art. 5º, §2º) e (vi) adota em seu texto como fundamento, o mesmo fundamento dos Direitos Humanos: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). O respeito às decisões dos tribunais internacionais é parte inerente dos tratados internacionais que permeiam o sistema jurídico brasileiro pelo texto da Constituição Federal.⁶²⁰

Brasileiro de Direitos Humanos, v. 14, n. 14, 2014, p. 84. Disponível em <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/viewFile/263/263>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁶¹⁸ Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei PL 4667/2004 que “dispõe sobre os efeitos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos” para que as decisões produzam efeitos no Brasil sem a necessidade de um decreto presidencial, como ocorre atualmente. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273650>, acesso em 27 de novembro de 2016.

⁶¹⁹ Demonstração da imposição do padrão internacional pode ser verificado no caso Wallace de Almeida, a Corte Interamericana sentenciou o Brasil a pagar indenização à família da vítima, um jovem negro de 18 anos assassinado em meio à violência nas favelas do Rio de Janeiro, por policiais militares e porque não houve a necessária investigação e nem punição dos envolvidos. Ver caso Wallace de Almeida, 12.440 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório 26/09, 20 de março de 2009. Disponível em <http://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

⁶²⁰ Uma das importantes linhas do processo penal internacional das convenções e tratados foi o de produzir “regras de proteção dos direitos humanos com o intuito de estabelecer paradigmas para o processo penal justo...” *Cfr.* FERNANDES, Antonio Scarance. O Direito processual penal internacional *in* FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

Em relação ao Tribunal Penal Internacional (TPI) verifica-se também as influências recíprocas de uma jurisdição internacional e suas múltiplas relações com as jurisdições nacionais. Primeiro porque o TPI tem o objetivo de punir crimes internacionais de maneira efetiva e eficiente, respeitando-se as garantias do processo justo porém elegendo o combate a impunidade como uma das formas de respeito às vítimas e à comunidade internacional. Várias são as condutas puníveis, entendidas como crimes internacionais de maior gravidade, como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.⁶²¹ Os crimes puníveis devem ter ocorrido após a criação do TPI, ou seja, após 1º de julho de 2002, nos territórios dos países signatários ou em outros territórios desde que perpetrados por nacionais dos países signatários; havendo ainda uma competência do Conselho de Segurança da ONU para levar ao conhecimento do TPI a prática dos crimes internacionais em qualquer território, cometidos por nacionais de qualquer país. Existe a hipótese de aceitação voluntária da jurisdição do TPI por países não signatários do Estatuto de Roma, casos que demonstram a expansividade de sua jurisdição. Somadas as estas particularidades, há também o *princípio da complementaridade* que, em resumo, permite ao Estado nacional aplicar a persecução dos crimes internacionais, valendo-se de sua estrutura e com base nas normas internacionais e, caso se verifique o desejo de promover a impunidade⁶²² de seus agentes ou a incapacidade estrutural⁶²³ do país, a competência é transferida de imediato e supletivamente para o TPI.

Nota-se que à adesão do país ao TPI – no caso do Brasil, CF art. 5º, §4º - permite que se haja processo penal em persecução aos crimes internacionais previstos em norma

⁶²¹ Cfr. ZILLI, Marcos Alexandre. O Tribunal Penal Internacional – Jurisdição permanente para os Crimes Internacionais in FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 167.

⁶²² Configuram a ausência de vontade de punir: “(a) decisão nacional proferida com o claro propósito de subtrair o agente de sua responsabilidade penal; (b) demora injustificada da persecução em uma demonstração clara de vontade de não punir os responsáveis e; (c) comprometimento da imparcialidade ou independência das autoridades nacionais na condução da persecução penal.” (Art. 17.2 (a) (b) do Estatuto de Roma. Cfr. ZILLI, Marcos Alexandre. O Tribunal Penal Internacional – Jurisdição permanente para os Crimes Internacionais in FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 174.

⁶²³ Configuram a incapacidade estrutural: (a) colapso total ou parcial da administração da justiça; (b) incapacidade da justiça nacional em fazer comparecer o acusado; e (c) incapacidade da justiça nacional em concluir a persecução penal.” Cfr. ZILLI, Marcos Alexandre. O Tribunal Penal Internacional – Jurisdição permanente para os Crimes Internacionais in FERNANDES, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 174.

internacional (Estatuto de Roma) com as regras processuais também internacionais, complementando e modificando o direito processual penal interno. Tanto é assim que as atitudes nacionais tendentes à impunidade podem ser revistas no plano internacional para que o princípio da complementaridade desloque a jurisdição para o TPI. Além disso, os crimes internacionais estão sujeitos à regras próprias, entre outras, a imprescritibilidade,⁶²⁴ que poderiam ser aplicadas no Brasil caso viesse a julgar um crime internacional, conforme previsto no Estatuto de Roma.⁶²⁵

Demonstra-se assim que o Direito Processual Penal brasileiro está permeado de regras internacionais que sobre o processo penal justo, advindas da abertura da Constituição Federal e também pela direta aplicação das regras do TPI e do resultado dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, por seu turno, se influencia nas demais cortes pelo constante diálogo transnacional. O movimento para o entendimento e aplicação dos paradigmas internacionais do processo justo não é do interno para o externo, como ocorreu por anos, mas do externo para o interno, modificando-se completamente a compleição do paradigma no entendimento nacional.

⁶²⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice Valetim Bastos. Anotações sobre o Seminário Internacional: a implementação do Estatuto de Roma no direito interno e outras questões de direito penal internacional, Boletim IBCCRIM, ano 12, n. 139/2-3, jun. 2004.

⁶²⁵ Há um trabalho internacional preconizando a solução de se julgar no Brasil, os torturadores do regime militar, considerando seus crimes como internacionais e imprescritíveis, harmonizando a decisão brasileira do STF pela constitucionalidade da Lei de Anistia e a necessidade de punição dos torturadores da ditadura militar, conforme a decisão da Corte Interamericana. *Cfr.* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. International Criminal Law and Transitional Justice in Brazil. In *International Criminal Law Review*, v. 10, 2010, pp. 509-534.

CONCLUSÃO

Diante a pesquisa realizada, é possível concluir que os Direitos Humanos ganharam relevo na legislação internacional após a Segunda Guerra Mundial e que a adoção de padrões internacionais de Direitos Humanos e a criação de uma estrutura jurídica de apreciação de suas violações, por meio de Tribunais Internacionais, influenciaram a modificação dos textos do direito interno de cada país e, ao mesmo tempo, sujeitam tais países a um padrão externo de comportamento quando seus atos podem se submeter aos tribunais internacionais de Direitos Humanos.

Países como o Brasil modificaram e mantiveram suas constituições abertas a tais influências pela adesão aos mecanismos de salvaguardas dos Direitos Humanos (CF, art. 5, §§1º ao 4º).

Os Direitos Humanos são um conjunto de regras e princípios que favorecem o desenvolvimento humano no mundo, tendo seu fundamento na dignidade da pessoa humana, passando por uma série progressiva de tratados para se universalizar, o que foi expressamente declarado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1994), valendo para qualquer pessoa em todo e qualquer país.

Sob o ponto de vista internacional denominam-se Direitos Humanos e sob o ponto de vista interno, fala-se em Direitos Fundamentais quando os Direitos Humanos são positivados nos diversos sistemas jurídicos nacionais.

A estrutura de proteção dos Direitos Humanos inclui tribunais dentro de sistemas internacionais e sistemas regionais (sistema europeu, americano e africano), incluindo também o Tribunal Penal Internacional (TPI) – estrutura permanente com o objetivo de julgar crimes internacionais, após as experiências dos tribunais militares de Nuremberg, de Tóquio, e dos tribunais “ad hoc” para a ex-Iugoslávia e de Ruanda.

A jurisdição criminal internacional funciona em conjunto com a jurisdição nacional, sendo esta a preferível para julgar os crimes internacionais e, caso os sistemas

nacionais não julguem tais crimes, pelo princípio da complementaridade, o TPI o fará, considerando os Direitos Humanos em seus julgamentos.

Os tribunais de Direitos Humanos são a Corte Internacional de Justiça; a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e outras estruturas em desenvolvimento e que se valem da Carta Africana e também da Carta Árabe como documentos básicos de enunciação de Direitos Humanos.

O *processo justo* (“Fair Trial”) é um conjunto significativo erigido como paradigma processual, sob o ponto de vista internacional, que enfeixa todos os direitos e garantias necessários para que um julgamento e a execução de uma decisão sejam considerados justos, ou seja, respeitando-se os Direitos Humanos reconhecidos para o processo, conforme o conjunto das regras inseridas nos tratados internacionais, também de acordo com as regras costumeiras do Direito Costumeiro Humanitário Internacional e, ainda, pela interpretação dada pelas Cortes Internacionais ao interpretar os instrumentos legais internacionais e a complementar seus comandos no processo criativo de adequação. Processo justo é uma expressão internacional e bastante abrangente que em muitos Estados adquire denominações diversas, como é o *devido processo legal*, o *processo equo* e outras denominações.

Também se nota que o *processo penal justo*, dada a preocupação com temas mais sensíveis a toda a comunidade internacional, também recebe influências dos julgamentos das Cortes Internacionais Penais.

O *processo penal justo* é o ponto de contato do labor de todos os tribunais nacionais e também dos tribunais internacionais, pois enquanto o direito material sofre as variações dadas pela cultura e por razões históricas, o processo justo é utilizado por todos, facilitando uma linguagem comum para verificação de padrões de utilização, permitindo as comparações e correções, caso os julgamentos de Cortes Internacionais assim o determinem. O processo penal justo tem natureza dúplice, pois além de ser um padrão utilizado pelas cortes nacionais mais diversas que lhes permita comparar seu labor é, também, ele mesmo, a expressão de um Direito Humano – repetido nas mais diversas legislações internacionais. O Processo Penal Justo trata-se de Direito Humano especial,

pois é o único dos direitos básicos que para sua produção, necessita do aparelhamento de um Estado. O processo penal é produto do Judiciário, parte do Estado e só por meio dele é que o processo penal justo se forma, produz resultados e pode ter suas decisões executadas.

Por ser o *processo penal justo* um instituto comum ao labor dos tribunais, ele se aplica independentemente do sistema jurídico ou do sistema processual penal adotado por um determinado país.

Não há dúvidas que o paradigma do *processo penal justo* é construído pelo conjunto de regras nacionais e internacionais, também pela jurisprudência nacional e internacional, sendo reconhecida as influências com diversos nomes: diálogo das cortes; transconstitucionalismo; polinização cruzada e outros. A nota característica dessas abordagens é que os sistemas ainda continuam fechados e o trabalho das Cortes Internacionais é o de apenas influenciar modificações lentas que tramitam pelos organismos nacionais diplomáticos e legislativos.

Coube ao Judiciário o papel de protagonista nas modificações sociais que caminham lentamente nos modelos estruturais clássicos. Como se mostrou, a isso se deu o nome de ativismo para que o Judiciário modificasse a realidade social pela interpretação e aplicação do Direito, tendo em vista os valores sociais mais relevantes como forma de construir significados que atendam às realidades sociais que outras instituições falharam em atender.

As Cortes Internacionais exercem uma *função criadora* do Direito, para além da interpretação, por mais elástica que se a aceite o significado do termo. Tal fenômeno ocorre pela ausência de um legislativo internacional e também porque tais cortes se valem de uma estrutura similar à experiência dos países da *common law*, cujo direito se revela nos precedentes jurisdicionais e permitem que as normas sejam criadas para melhor responder aos desafios do caso concreto.

A função criadora do Direito se faz sentir em cada sistema nacional, pois o conteúdo dos julgados internacionais modifica diretamente a compreensão do direito nacional, como se regra existisse a dar-lhe a conformação mais atual. Assim é que o Brasil

se viu obrigado a indenizar as vítimas de tortura e desaparecimentos na época do regime militar e ainda a ter que criar a comissão da verdade, em verdadeira imposição de fora para dentro. Assim também ocorreu no caso em que o crime de homicídio de um jovem assassinado por policiais deixou de ser apurado e punido adequadamente, mas a Corte Interamericana determinou que o Brasil reparasse a família da vítima (caso Wallace de Almeida).

As decisões da Corte Interamericana –sistema regional de Direitos Humanos em que o Brasil se insere – não precisam de homologação, sendo que atualmente passam por um decreto presidencial e há projetos em discussão para que aquelas decisões produzam efeitos imediatos no Brasil e que parece ser o futuro deste tipo de abordagem.

Por outro lado e em complemento, quando o Brasil ou outro país decide por julgar um crime internacional, está se valendo dos critérios do processo penal justo e de todo o conjunto de decisões e do direito formado na jurisprudência do TPI, demonstrando que a influência é direta, fazendo valer padrões externos diretamente no direito nacional, complementando ou modificando-o. Também existe o controle de convencionalidade para a verificação se uma decisão produzida no Brasil atende à Convenção Interamericana, que pode ser exercido pelos tribunais nacionais e também pela Corte Interamericana.

Existe pois um diálogo entre as Cortes Internacionais, oxigenando os principais conceitos de Direitos Humanos e, por outro lado, além da influência, uma interferência direta no direito nacional, a incorporar ao direito nacional as novas conquistas do direito penal justo, reconhecidas na jurisprudência internacional. Não se aceita mais que as regras internacionais ou que os padrões internacionais sejam interpretados de conformidade com regras nacionais ou pelo exclusivo ponto de vista nacional, pois os desafios hoje do mundo globalizado são maiores a exigir que se conheçam e se utilizem no país os padrões internacionais de um processo penal justo (seja pelos crimes que ultrapassam fronteiras como também pela intenso trânsito de pessoas e bens nos mais diferentes países).

O critério de justiça de um processo penal é verificado pela superposição de critérios colhidos no Direito Internacional dos tratados e convenções, bem como talhado na jurisprudência das Cortes Internacionais, num padrão mínimo que é cristalizado pelo

consenso dos valores básicos na comunidade internacional, bem como pela inclusão de respostas práticas e não simplesmente teóricas para resguardar os direitos dos acusados de forma que, não basta que a justiça seja feita, precisa também parecer que a justiça foi feita.

O processo penal justo é um padrão mínimo multissignificativo que enfeixa um conjunto de direitos aplicáveis na fase de investigação, no processo perante os juízes e tribunais, na execução da pena, na revisão penal e na indenização por erro judiciário.

Discute-se dentro do conceito de processo penal justo, sob o ponto de vista internacional, ora acompanhando valores que já estão consagrados na legislação brasileira ora incorporando outros de maior abrangência. Assim, o direito ao processo penal justo compreende: *(i)* o direito a não discriminação de qualquer espécie; *(ii)* o direito à presunção de inocência; *(iii)* o direito à intimidade na fase dos inquéritos penais, principalmente relativo à comunicação do preso com o mundo exterior, admitidas exceções em situações relevantes como para proteger o direito à vida; *(iv)* o direito à não ser submetido a qualquer tortura ou maus tratos, inclusive a falta de comunicação prolongada com o mundo exterior, o confinamento em solitária ou em celas pequenas e sem condições mínimas de dignidade. Aqui vê-se que tortura e maus tratos sofreu um alargamento para incluir outras práticas que também impingem sofrimento ao ser humano e a certos grupos de pessoas como o molestamento sexual de mulheres.

Também está compreendido no conceito de processo penal justo *(v)* o direito a ser informado imediatamente sobre as acusações e de compreendê-las; *(vi)* o direito à assistência jurídica em todos os momentos do processo penal – aqui ampliados para compreender inclusive o pedido de revisão, perdão, anistia e também para desafiar recursos com base exclusivamente constitucional; *(vii)* o direito a não se autoincriminar e o direito ao silêncio – reconhecido pelos tribunais antes de qualquer inclusão em texto de tratados, como decorrência inerente ao direito de não se autoincriminar. Também se julgou como violação a prática de introduzir informante em cela para testemunhar uma confissão feita a este, como método de obtenção de prova penal; *(viii)* o direito ao tempo e meios necessários para o preparo da defesa, também ampliado para incluir o direito de pedir adiamentos das audiências se necessário.

Prossegue o leque de significados para compreender também (ix) o direito a ser julgado por um tribunal competente, imparcial e independente, estabelecido por lei; sendo esta regra também ampliada pelo labor criativo da jurisprudência para não se admitir tribunais administrativos ou compostos por nomeação discricionária do Executivo em que os juízes tem mandato temporário. É certo que o conceito de imparcialidade e independência também sofreram uma notável ampliação pelo processo de criação, pelo que não se aceita que tribunais militares julguem civis ou que possam determinar a pena de morte em qualquer julgamento, ou ainda, que os julgamentos sejam realizados por juízes *sem face* ou que, por fim, o controle da aplicação do processo justo, mesmo nos casos submetidos aos tribunais militares, seja feito por tribunais regulares não militares. Também se entende que a imparcialidade é melhor garantida quando os juízes não têm qualquer contato prévio anterior com o caso em que irão julgar ou que tenham participado de alguma forma a lhes por em dúvida a independência e imparcialidade e a sua aparência pública de imparcialidade.

Em prosseguimento, também deve ser observado na composição do processo justo penal: (x) que o acusado tenha pronta possibilidade de ter o aconselhamento jurídico necessário e prévio e, ainda, possa se dirigir efetivamente aos tribunais nacionais; (xi) o direito a ser informado de todos os pedidos e manifestações da acusação e que possa efetivamente contrariá-los perante o tribunal e influenciá-lo em sua decisão; (xii) o direito do estrangeiro também fazer contato com as autoridades consulares; (xiii) o direito de oportunidade e tratamento da defesa igual ao da acusação; (xiv) o direito de conhecer as provas da parte contrária e manifestar-se oportunamente sobre elas; (xv) o direito a que o júri receba instruções e perguntas que passem pelo crivo de um juiz; (xvi) o direito a uma audiência e julgamentos públicos; (xvii) o direito a ser julgado sem demora excessiva e num prazo razoável.

Também se incluem, no conceito do processo penal justo, pela experiência dos tribunais internacionais: (xviii) o direito de se defender pessoalmente ou por advogado de sua escolha; (xix) o direito de ter cuidados ainda mais rigorosos com o processo justo penal em casos de pena de morte – para os países que ainda a adotam, porém sendo clara a intenção de que esta pena deixe de ser aplicada, seja pelos mecanismos da moratória ou pela impossibilidade de recriá-la após tê-la abolido; (xx) direito a um apoio jurídico efetivo

e, se necessário, gratuito, ainda que a necessidade seja no interesse da justiça, entre outros, diante da inexperiência ou inaptidão do defensor – aqui novamente como exigência de justiça no processo, com ampliação criativa para que o direito ao processo penal justo não seja meramente figurativo; *(xxi)* o direito a comunicar-se confidencialmente com seu defensor; *(xxii)* direito a estar presente em seu julgamento e a admissão de julgamentos à revelia em casos específicos como exceção; *(xxiii)* o direito a não se incriminar ou confessar-se culpado; *(xxiv)* proibição das provas obtidas por tortura ou maus tratos na aceção mais ampla dos termos; *(xxv)* o direito a convocar e examinar todas as testemunhas, sendo inadmissíveis, em mais uma ampliação criativa que haja as testemunhas anônimas por completo; *(xxvi)* direito a um intérprete gratuito, cuja gratuidade seja de forma permanente e não temporária.

Ainda em complemento do rol, de acordo com a pesquisa apresentada, também deve ser observado na composição do processo justo penal: *(xxvii)* o direito a que a sentença seja fundamentada e considerados os argumentos e provas apresentados; *(xxviii)* o direito a que as autoridades não façam declarações públicas indicando sua convicção de culpa fora do momento apropriado no processo. Trata-se de uma importante regra criada para além da interpretação, pois em vários casos, em entrevistas na imprensa, as autoridades da administração se referiram aos réus como se já tivessem sido condenados, mencionando antecipadamente as suas convicções sobre suas culpas – violando o princípio da presunção de inocência. Este ponto é particularmente importante numa sociedade em que a publicidade é parte do controle da aplicação do processo penal justo.

Também se incluem no conceito de processo penal justo: *(xxix)* o direito a se submeter a pena mais branda, ainda que determinada por legislação posterior; *(xxx)* o direito a não ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos numa mesma jurisdição; *(xxxi)* o direito a receber punições alternativas para crimes menores ou em consideração ao estado peculiar da pessoa, seja menor, idoso, mulher grávida ou jovem mãe; *(xxxii)* o direito a que seu julgamento seja compatível com as normas internacionais dos Direitos Humanos e aos padrões do processo penal justo. Este último se constitui na garantia de que qualquer julgamento deve se conformar aos padrões internacionais de Direitos Humanos.

Prossegue-se para enunciar também como inerente ao conceito do processo penal justo: (xxxiii) o direito ao recurso, sob todas as garantias do processo justo, para um tribunal superior e independente que efetivamente aprecie as alegações e possa rever a apreciação das provas e o direito aplicado; (xxxiv) o direito a um novo julgamento se houver novas provas, sejam elas descobertas a pedido do interessado ou pelos organismos de proteção dos Direitos Humanos; (xxxv) o direito à transcrição do julgamento e a preservação das provas enquanto houver a possibilidade de desafiar a decisão condenatória e para que não sejam obstados o direito de recorrer em prazo razoável e (xxxvi) o direito a ser indenizado em caso de erro do judiciário na condução do processo penal justo.

As cortes internacionais ainda se valem de recursos extrajurídicos para dar a maior concreção possível aos seus julgados, por isso na efetivação das garantias, o processo penal “deverá ser interpretado de forma a garantir direitos que sejam práticos e eficazes e não teóricos e ilusórios” (caso *Allenet de Ribemont v. França*, TEDH). Também como seu viú, a Comissão Africana advertiu que os tribunais militares que julgaram civis na África, não parecem imparciais, por isso violam os direitos do acusado. Também muito se utilizou como padrão de sopesamento das práticas adotadas por determinados países o recurso a um padrão de comportamento esperado de uma sociedade democrática.

O resultado disso é que as garantias ao direito do justo processo penal é uma garantia prática que é extraída da superposição das regras internas com as regras internacionais, sendo estas últimas com o efeito ampliativo e criador da jurisprudência de seus tribunais, admitida a complementação pelo diálogo das cortes. Nessa superposição, o direito nacional vale ser for semelhante ao internacional ou se for mais protetivo e não implique em impunidade. Se for menos protetivo, irá valer a regra internacional que poderá ser aplicada se o caso chegar aos tribunais internacionais.

Diante destas constatações, cabe à jurisprudência brasileira e à doutrina reformular e adequar o conceito que tem do devido processo legal penal para ajustá-lo à realidade do processo penal justo que enfeixa todo o conjunto de direitos e garantias processuais e os co-implicam; reconhecendo-se o papel criador e de interferência imediata nos textos legislados brasileiros e no conjunto da produção intelectual acadêmica. A reformulação dos padrões legais para o julgamento do processo, demandam repensar os elementos que

compõe uma teoria geral do processo penal justo para lhes incorporar o resultado cristalizado e de consenso dos povos, previstos nos tratados internacionais de que o Brasil faça parte e também da forma como o direito é interpretado e criado para além de mera influência do direito processual penal brasileiro, num movimento de fora para dentro.

Essa é a direção inelutável para a qual o futuro do processo aponta e pela qual clamam nossos tempos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA, José Raul Gavião de. O interrogatório à distância. Tese apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, 2^a. ed.. Barcelona: Gedisa, 1997.

----- . Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo: Malheiros, 2008.

AMBOS, Kai. Processo penal internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

AMODIO, Ennio. Processo penale diritto europeo e common law – dal rito inquisitorio al giusto processo, Milano: Giuffrè, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. “Fair trial manual”, 2a. ed., Londres: Anistia Internacional, 2014. Disponível em http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Amnesty_Fair_Trial_Manual_2ndEd.pdf. Acesso em 11 de julho de 2015.

ANNONI, Danielle. Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 6^a. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito processual penal, Tomo I, São Paulo: Elsevier, 2007.

BARRAL, Welber (org.). Tribunais Internacionais – mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In *Revista Eletrônica Synthesis*, v. 5, n. 1 (2012), disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, acesso em 12/11/2016.

BLACK'S LAW DICTIONARY, 6a. ed., 12a. reimpressão, St. Paul: West Group, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Alci Marcus Ribeiro; BORGES, Caroline Bastos de Paiva. Breves considerações sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10503&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em jul 2015.

BURJANADZE, Giorgi. *Fair Trial Guarantee – Limitations on Judicial Notice in National and International Criminal Law*, Saarbrücken: Lap Lambert Academic Publishing, 2013.

CAMPIANI, Marco Lucio. *Il giusto processo civil e penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed., Coimbra: Livr. Almedina 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CARDOSO CAMPOS, Bárbara Pincowska. Controle de Convencionalidade: aproximação entre o direito internacional e o constitucionalismo? In *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 12, Belo Horizonte: CEDIN, 2013. Disponível em http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume12/arquivos_pdf/sumario/Artigo_Barbara_Campos.pdf, acesso em 14/11/2016.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 18/05/2016.

- CARDOSO, Elio. Tribunal Internacional. Conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2012.
- CHIAVARIO, Mario. Processo e garanzie della persona, 2^a. ed., vol. 1, Milano: Giuffré, 1982.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria do Processo, 22^a ed. rev e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2006.
- CHODOSH, Hiram E. Global justice reform – a comparative methodology, New York: New York University Press, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. AMBOS, Kai (org.). Tribunal penal internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CHIAVARIO, Mario. Diritto ad un processo equo *in* BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido. Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Liberta Fondamentali, CEDAM, Padova, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. VI Edição, São Paulo: Saraiva, 2008.
- CONKLE, Daniel O., Three Theories of Substantive Due Process (2006). 85 North Carolina Law Review 63 (2006); Indiana Legal Studies Research Paper No. 53. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=911628>, acesso em 15/11/2016.
- CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights, International Journal of Constitutional Law. Vol. 14, 2016. Disponível em <https://ssm.com/abstract=2795312>, acesso em 14/11/2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.
- DAMASKA, Mirjam R. The Faces of Justice and State Authority, New Haven: Yale University Press, 1986.
- . Evidence Law Adrift, New Haven: Yale University Press, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, Tomo I, 2^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

DULITZY, Ariel E. An Inter-American Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *In*. Texas International Law Journal, vol. 50, issue 1, 2015, pp. 50-51. Disponível em <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>, acesso em 14 de novembro de 2016.

ELSTER, Jon. Ulisses Liberto. São Paulo: Unesp, 2009.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 6 of European Convention on Human Rights, pp. 8-10/67. Disponível em http://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf, acesso em 12/11/2016.

FALK, Richard A. (1964) "The Role of Domestic Courts in the International Legal Order," Indiana Law Journal: Vol. 39: Iss. 3, Article 2. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol39/iss3/2>, acesso em 09/11/2016.

FARALLI, Carla. A Filosofia Contemporânea do Direito. (trad. Candice Premaor Gullo). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional, São Paulo: Atlas, 2013.

----- . Tipicidade e sucedâneos de prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). Provas no processo penal – estudo comparado, São Paulo: Saraiva, 2011.

----- . Reflexos sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. *In*: Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (coords.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

----- . ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais, 9^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

FICHTELBERG, Aaron. Fair Trials and International Courts: A Critical Evaluation of the Nuremberg Legacy, *Criminal Justice Ethics*, 28:1, 5-24, DOI: 10.1080/07311290902831268. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1080/07311290902831268>.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed.. Nova Iorque: Oxford, 2011.

GEMAQUE, Silvio Cesar Arouck. O Tribunal penal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. *In* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*, 2^a ed., São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, 2^a. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOSS, Ryan. *Criminal fair trials rights – article 6 of the European Convention on Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2014.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *In* <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>, acesso em 07 de julho de 2015.

GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 11^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

----- . *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, 3^a. ed., São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUINCHARD, Serge et alii, *Droit Processuel - Droit commun du procès*, ed. Dalloz, Paris, 1ª ed., 2001.

HARRIS, David. The right to a fair trial in criminal proceedings as a human right. *In International and Comparative Law Quarterly* / Volume 16 / Issue 02 / April 1967, pp 352-378.

HOWLAND, Todd e CALATHES, William. The International Criminal Tribunal: is it justice or jingoism for Rwanda? A call for transformation. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 39, n. 1, 1998.

KAJCSA, Andrea. The crisis of the Rule of Law – Short Theoretical and practical analysis. Disponível em http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201104/recjurid114_5F.pdf . Acesso em 10 de julho de 2015.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOCHHAR, S. and HIERAMENTE, M. (2016) ‘Of Fallen Demons: Reflections on the International Criminal Court’s Defendant’, *Leiden Journal of International Law*, 29(1), pp. 223–244. doi: 10.1017/S0922156515000722.

LACERDA, Andrey Felipe. O Diálogo entre Cortes na proteção regional dos Direitos Humanos: Caso Gomes Lunde e ADPF n. 153. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 64, 2014, p. 129. Disponível em <http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.03042340.2014v64p105> acesso em 14/11/2016.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos – Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional *in* BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre (coord). *Garantismo Processual – Garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

McDERMOTT, Yvonne. Rights in Reverse: a critical analysis of fair trial rights under international criminal law. Artigo disponível em <http://ssrn.com/abstract=1959317>. Acesso em 10 de julho de 2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal in Revista IIDH, vol. 59.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais, 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol I, Campinas: Millennium, 2009.

MAZZA, Oliviero. Il garantismo al tempo del giusto processo. Milano: Giuffrè, 2011.

MAZZETTI, Luca e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

MORAES. Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

----- . Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, Vagner Rangel. Direitos humanos e fundamentais. Diferenciação, classificação e identificação. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 02 fev 2011. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.310588&seo=1>. Acesso em 07.jul. 2015.

NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado para os Direitos Humanos. Direitos Humanos na administração da Justiça – série formação profissional. Versão em português disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Volume1/06.CAP%CDTULO%206.pdf>. acesso em 11 de julho de 2015.

NAMAKULA, Catherine S. Language and the right to fair hearing in international criminal trials. New York: Springer, 2014.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Ver também NEVES, Marcelo, Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, n. 201, 2014, pp. 193-194 e 196-198. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>, acesso em 15/11/2016.

----- Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, n. 201, 2014, pp. 200-201. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>, acesso em 15/11/2016.

NEWTON, Michael A. Power not Process – The new frontiers of internationalized justice. *In* Andersen E, CRANE, D. M. (eds), Proceedings of the second international humanitarian law dialogue: 25-26 August 2008 at the Chautauqua Institution (American Society of International Law, 2009), pp. 179-185.

NUCCI, Guilherme Souza. Código de Processo Penal Comentado, 8^a. ed., 2^a. tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUSSBAUM, Martha C. Frontiers of Justice – Disability, Nationality, Species Membership, Cambridge: The Belknap Press, 2007.

ORLANDI, Mariagrazia. La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità. Milano: Giuffrè, 2007.

PAULA, Leonardo Costa de. O devido processo legal à luz de uma hermenêutica constitucional prospectiva. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/leonardo_costa_de_paula.pdf. Acesso em julho de 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional, 12^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

----- Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006.

POZEN, Joanna. Justice Obscured: The Non-Disclosure of Witnesses' Identities in ICTR Trials. *NYUJ Int'l. L. & Pol.*, v. 38, p. 281, 2005.

RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Liberta Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, 4^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

------. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

------. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

------. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In* AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

------. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 497-524, jan. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 15/11/2016.

RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional – O uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 14^a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIGHI, Eduardo. *Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007.

ROBINSON, Patrick. The right fo a fair trial in International Law, with specific reference to the work of the ICTY, *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 3, 2009, pp. 3-14.

SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial – Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida, vol. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SABBAG, Alessandra Pela. Controle de convencionalidade e diálogo de cortes: alternativas para a solução de conflitos entre sentenças internacionais com as normas de direito interno? Disponível em <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-29042015-155802/?&lang=br>. Acesso em 14/11/2016

SANDEL, Michael J. Justiça – o que é fazer a coisa certa, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Lua Nova, v. 39, pp. 112-114.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

----- . A eficácia dos direitos fundamentais, 6a. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

----- . Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988, 2a. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHOMBURG, Wolfgang. The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trials Right, 8 Nw. J. Int'l Hum. Rts. 1 (2009). <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol8/iss1/1>.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos – conceitos significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIKKINK Kathryn. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. *In: International organizations*. Massachusetts: IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993.

SOUZA, Artur César, A 'PARCIALIDADE POSITIVA' DO JUIZ E O JUSTO PROCESSO PENAL, tese de doutorado defendida na UFPR, Curitiba: s/ed., 2005.

SCHOMBURG, Wolfgang. The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 8 *Northwestern Journal of International Human Rights* 1, 2009. Disponível em <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nijjhr/vol8/iss1/1>, acesso em 27 de novembro de 2016.

SUMMERS, Sarah J. Fair trials – The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights. Portland: Hart Publishing, 2007.

THEORODO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico *in* Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2(I): 67-41, UNISINOS, janeiro-junho 2010.

TODESCHINI, Guilherme dos Santos. O dialogo das cortes no julgamento de incidentes de deslocamento de competência por grave violação de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/915/1055.pdf, acesso em 14/11/2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 8^a ed, 2006.

----- . Código de Processo Penal Comentado (arts. 1^o ao 393), 13^a ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

TRECHSEL, Stefan. Human Rights in Criminal Proceedings, Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

TRIBE, Laurence H. Constitutional Choices, Cambridge: Harvard University Press, 1985.

UBERTIS, Giulio. Principi di procedura penale europea – la regola del giusto processo, 2^a. ed., Milano: Raffaello Cortina Editore, 2007.

VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. Imparcialidad del juez y medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VEDOVATO, Luis Renato. Sistemas internacionais de proteção dos direitos fundamentais. A incorporação dos tratados de direitos fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Impactus, 2008.

VILARES, Fernanda Regina e RUSSO, Luciana. O Tribunal penal internacional da Iugoslávia. *In* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013.

------. O tribunal penal internacional de Ruanda. *In* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013.

VEIGA FRANCO, Marcelo. Processo Justo: Entre Efetividade e Legitimidade da Jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016.

VITKAUSKAS, Dovydas e DIKOV, Grigoriy. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, 2012. Disponível em https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTM_Content?documentId=090000168007ff57, acesso em 13/11/2016.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo; DPJ Editora, 2005.

WARBRICK, Colin. International Criminal Courts and Fair Trial, *J Conflict Security Law* (1998) 3 (1): 45-64 doi:10.1093/jcsl/3.1.45, p. 49. Texto disponível em <http://jcsl.oxfordjournals.org>, acesso em 13 de junho de 2015.

WILLIAMS, III, Frank V. Reinventing the Courts: the frontiers of judicial activism in the States Courts, *29 Campbell L. Rev.* 591, 2007.

ZHANG, Jixi. Fair trial rights in ICCPR in *Journal of politics and law*, vol. 2, n. 4, dez/2009. Extraído de www.ccsenet.org/journal.html, acesso em junho de 2015.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O Tribunal Penal Internacional. Jurisdição Permanente para os Crimes Internacionais *in* FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). Direito Processual Penal Internacional. São Paulo: Atlas, 2013.

----- Os caminhos da internacionalização do processo penal in FERNANDES, Antonio Scarance. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

----- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice Valetim Bastos. Anotações sobre o Seminário Internacional: a implementação do Estatuto de Roma no direito interno e outras questões de direito penal internacional, *Boletim IBCCRIM*, ano 12, n. 139/2-3, jun. 2004.

----- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. International Criminal Law and Transitional Justice in Brazil. In *International Criminal Law Review*, v. 10, 2010, pp. 509-534.