

# O JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NO ESTATUTO DE ROMA

Paulo Pinto de Albuquerque

Doutor em Direito (Universidade Católica de Lisboa); Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos desde abril de 2011; Professor convidado/visitante de universidades europeias, americanas e asiáticas.

## RESUMO

O presente artigo estuda o julgamento de primeira instância do Estatuto de Roma, procurando comparar o estalão do direito internacional criminal com o do direito internacional dos direitos do homem. O estudo analisa a regulamentação dos princípios do acusatório, da imediação, do contraditório, da presunção da inocência, da disponibilidade da prova e da publicidade, concluindo que a regulamentação do julgamento no Estatuto de Roma reúne princípios próprios do modelo adversarial reúne nglo-saxônico, com algumas cedências significativas aos princípios próprios do modelo inquisitorial. Este compromisso coloca alguns problemas delicados à luz do estalão do direito internacional dos direitos do homem.

## Palavras Chave

Estatuto de Roma: direito internacional dos direitos do homem; julgamento acusatório; imediação; contraditório; presunção da inocência; disponibilidade da prova; publicidade; modelo adversarial e modelo inquisitorial.

\*\*\*\*\*

1. O julgamento de primeira instância do Estatuto de Roma obedece a um modelo misto, que congrega princípios próprios do modelo adversarial anglo-saxônico, com cedências aqui e além aos princípios próprios do modelo inquisitorial.

A principal manifestação daquela primeira vertente é o *princípio do acusatório*, isto é, o princípio segundo o qual o tribunal de julgamento não está implicado na definição e na valoração prévias do objecto do julgamento, competindo esta a um acusador e à defesa (e, eventualmente,

a um tribunal distinto do de julgamento, o tribunal de instrução) e mantendo-se o tribunal de julgamento imparcial relativamente às posições e juízos de valor da acusação e da defesa.

O princípio está consagrado por via da proibição expressa da participação do juiz de instrução no julgamento (artigo 39, n. 4, *in fine*), por via do regime de recusa de juiz que tenha intervindo anteriormente a qualquer título num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento conexo, ao nível nacional (artigo 41, n. 2, (a) do Estatuto), e por via do regime de recusa do juiz que exprima opiniões, através da comunicação social, por escrito ou de acções públicas que objectivamente possam prejudicar a imparcialidade desse magistrado (regra 34, n. 1, (d) das Regras de Procedimento e Prova). Destarte, pode concluir-se que o Estatuto consagra uma regra implícita de que está vedado ao tribunal de julgamento emitir juízos de valor que impliquem uma sindicância do mérito dos factos contidos na acusação antes do início e durante o decurso da audiência de julgamento. Assim, o tribunal de julgamento não poderá no exercício dos seus poderes preparatórios da audiência de julgamento (artigo 64, n. 6, (a) do Estatuto) proferir decisões sobre o mérito dos factos da acusação, devendo remeter o processo ao juiz de instrução ou a um outro juiz de instrução para decisão de questões preliminares quando a tomada desta decisão possa implicar prejuízo para o funcionamento imparcial do tribunal (artigo 64, n. 4, do Estatuto).

Contudo, este princípio depara com alguns entorses significativos. Desde logo, o tribunal de julgamento tem de sindicar a decisão sobre a existência de indícios suficientes da prática do crime que justificam a prisão preventiva do acusado quer no reexame periódico quer no exame a pedido desta medida coactiva (artigo

64, n. 6, (a), artigo 60, ns. 1 e 2, e artigo 58, n. 1, (a) do Estatuto). Por outro lado, o tribunal de julgamento tem de sindicar a confissão do acusado ocorrida no início ou durante a audiência de julgamento, confrontando a confissão com todos os outros meios de prova, embora possa (mas não tenha imperativamente de o fazer !) remeter o processo a outro juízo de julgamento no caso de concluir que não estão reunidos os requisitos para condenação do acusado pelo crime. Por fim, o tribunal de julgamento tem de sindicar a retirada dos crimes imputados ao acusado se ela tiver lugar depois do início do julgamento, podendo discordar do pedido de retirada da acusação (artigo 61, n. 9, in fine, do Estatuto – atente-se que a tradução portuguesa publicada em Diário da República deturpa completamente a versão inglesa, ao fazer depender a retirada da autorização do juízo de instrução !). Em qualquer destes casos, o tribunal de julgamento compromete-se com o destino do objecto do processo e, no último caso, implica-se de tal modo com a acusação que substitui mesmo o acusador no papel de sustentar a sua viabilidade probatória.

2. O segundo princípio fundamental que reflecte o modelo adversarial é o *princípio da imediação*, ou seja, o princípio segundo o qual a prova deve ser produzida diante do tribunal permitindo a este uma percepção imediata (“olhos nos olhos”) dos meios de prova (artigos 69, n. 2, e 74, n. 2, in fine, do Estatuto).

Contudo, também aqui o Estatuto e as Regras de Procedimento prevêem excepções relevantes. Com efeito, o regime de declarações para memória futura ou, usando a terminologia do Estatuto, o regime da oportunidade investigativa única (artigo 56 do Estatuto) prevê que o juiz de instrução (ou o juiz de julgamento, por meio dos seus poderes derivados do artigo 64, n. 6, (a) do Estatuto) possa, a pedido do procurador (e só deste!), admitir a produção antecipada de prova testemunhal ou de outra natureza, podendo esta prova ser livremente valorada pelo tribunal de julgamento.

O juiz de instrução não pode substituir-se ao procurador no impulso inicial para a ocorrência deste incidente processual, pois ele depende da comunicação do procurador. Contudo, o juiz de instrução poderá recusar a verificação do carácter único da oportunidade de proceder à diligência probatória, isto é, poderá rejeitar o pedido do procurador. O fundamento da rejeição

pelo juiz de instrução deve residir apenas numa ponderação de que a situação não é única, não é urgente, não é excepcional e, por isso, não exige a antecipação da produção da prova. O juiz de instrução deve, pois, abster-se de fazer juízos de valor sobre a estratégia investigatória do procurador em sentido lato e de impor um plano de investigação ao procurador.

Se o juiz de instrução deferir o pedido, a diligência probatória antecipada pode decorrer com ou sem o defensor, com ou sem audição do arguido detido ou já interrogado, com ou sem a presença do juiz de instrução. O juiz de instrução tem apenas o dever de adoptar “as medidas que entender necessárias para assegurar a eficácia e a integridade do processo e, em particular, para proteger os direitos de defesa” (artigo 56, n. 1, (b) do Estatuto). Estas medidas devem ser requeridas pelo procurador, mas se o não forem ou se o forem em número e por modo desadequados podem mesmo ser ordenadas oficiosamente pelo juiz de instrução, após consulta com o procurador. O risco de o juiz de instrução impor desta forma uma estratégia investigatória, a “sua” estratégia, ao procurador é muito grande e deve exigir uma especial contenção do juiz de instrução no exercício deste poder de polícia sobre o procurador.

Por outro lado, a prova testemunhal produzida e registada durante a fase de inquérito pode ser valorada durante o julgamento em duas circunstâncias: primeiro, se a testemunha estiver ausente do julgamento, mas as partes tiverem tido oportunidade de a questionar durante a gravação da prova (regra 68 (a) das Regras de Procedimento e prova), consagrando-se aqui o estalão que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já fez vingar nos casos *Delta v. França*, de 1990, *Isgrò v. Itália*, de 1991, *Saïdi v. França*, de 1993, *Sadak e outros v. Turquia* (n.1), de 2001, *S.N. v. Suécia*, de 2002, e *Hulki Günes v. Turquia*, de 2003; segundo, se a testemunha presente no julgamento concordar com a utilização do registo da prova produzida anteriormente (regra 68 (b) das Regras de Procedimento e prova).

Assim, as testemunhas presentes em julgamento não podem ser confrontadas, contra sua vontade, com os seus depoimentos prévios para esclarecer contradições, lacunas ou imprecisões do depoimento prestado na audiência de julgamento e, bem entendido, a rejeição do consentimento pela testemunha

não pode ser tida em conta para decidir sobre a fiabilidade do seu depoimento. O depoimento prestado na fase de inquérito por testemunhas que entretanto morreram, ficaram incapazes ou desapareceram não pode ser valorado no julgamento, se as partes não tiverem tido a oportunidade de examinar essas testemunhas durante o momento da gravação da prova. Em bom rigor, a parte contrária não tem de estar presente aquando da produção e do registo da prova testemunhal na fase do inquérito, isto é, se a testemunha é apresentada pelo procurador, a defesa não tem necessariamente de estar presente no momento da gravação prévia da prova para que essa prova possa ser valorada em julgamento. Do mesmo modo, se a testemunha é apresentada pela defesa, o procurador não tem necessariamente de estar presente no momento de gravação prévia da prova para que ela possa ser valorada em julgamento. O preceito basta-se com a notificação da parte contrária para, querendo, comparecer à diligência de produção de prova ou, no mínimo, com a notificação para submeter questões à testemunha, tomar conhecimento das respostas e pedir esclarecimentos às respostas dadas.

Portanto, o Estatuto rejeita os *affidavits* do direito anglo-saxónico (na forma de declarações escritas ajuramentadas produzidas com intuito probatório perante uma autoridade competente para receber o depoimento ajuramentado), por serem estruturalmente incompatíveis com o incidente da oportunidade única de investigação e com a regra da valoração excepcional em julgamento da prova produzida e gravada durante a instrução. O Estatuto também rejeita a valoração em julgamento do depoimento e mesmo da confissão feita pelo acusado durante a fase de instrução.

3. O modelo adversarial assenta também no *princípio do contraditório*, isto é, no princípio de acordo com o qual as partes têm o direito de discutir todos os meios de produção e a legalidade e valor probatório dos mesmos.

A primeira consequência deste princípio é a da proibição do julgamento na ausência do arguido, salvo perturbação voluntária da audiência pelo mesmo (artigo 63, n. 2, do Estatuto). Se o arguido ficar incapaz de estar presente, a audiência suspende-se até que o mesmo recupere a sua condição física normal, mas em caso algum a prova já produzida perde

eficácia (regra 135 das Regras de Procedimento e de Prova).

A segunda consequência é a de que a prova da acusação deve ser revelada à defesa e vice-versa. O dever de revelação da prova é limitado quer quanto ao conteúdo dos meios de prova quer quanto ao momento temporal em que deve ser satisfeito.

O dever de revelação imposto ao procurador inclui a prova *à charge et à décharge*, reportada aos factos da acusação, salvo os meios de prova fornecidos ao procurador sob condição de manutenção da sua confidencialidade (que não podem ser utilizados como meios de prova em julgamento, mas apenas como meios de investigação de outros meios de prova), e deve ser satisfeito “logo que possível” ou, na versão inglesa, “logo que praticável” (artigo 54, n. 3, (e), e artigo 67, n. 2, do Estatuto).

O dever de revelação imposto ao defensor inclui a prova do alibi alegado ou da causa de exclusão de responsabilidade criminal invocada, embora possa ser alargado a outros meios de prova por decisão do tribunal, e deve ocorrer em tempo suficiente para permitir ao procurador preparar-se adequadamente e responder à prova da defesa (regra 79, n. 2, das Regras de Procedimento e de Prova).

O momento mais tardio para a revelação recíproca da prova da acusação e da defesa é o do início da audiência de julgamento, devendo o tribunal de julgamento previamente apreciar todo o processo (e, portanto, ter acesso e conhecer o dossier do inquérito que se encontra à guarda do secretário, nos termos da regra 131 das Regras de Procedimento e de Prova) de modo a determinar a revelação atempada (“com suficiente antecedência relativamente ao início do julgamento”) dos meios de prova ainda ocultados (artigo 64, n. 3, (c) do Estatuto), assim se rejeitando implicitamente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos casos *Rowe and Davis v. Reino Unido* (GC), de 2000, *Fitt v. Reino Unido* (GC), 2000, *Jasper v. Reino Unido*, de 2000, *P.G. and J.H. v. Reino Unido*, de 2001). Os meios de prova podem ser ocultados até esse momento pelo procurador e pelo defensor se houver “grave perigo para a segurança de uma testemunha ou da sua família” (artigo 68, n. 5, do Estatuto, e regra 81, ns. 5 e 6, das Regras de Procedimento e de Prova) ou ainda, no caso da prova do procurador, se houver “prejuízo para investigações subsequentes ou em



base em prejuízo para a segurança interna (artigo 72, n. 7, (a), (iii), (b) (ii) do Estatuto) !

A petição para absolvição do arguido apresentada pelo defensor logo após a produção da prova pelo procurador na audiência de julgamento (a designada *motion for acquittal*), cujo fundamento dogmático tem sido encontrado pelos tribunais internacionais criminais *ad hoc* no princípio da presunção da inocência, fica prejudicada pela confirmação indiciária da acusação pelo tribunal de instrução e é vedada por uma correcta interpretação do princípio da acusação, que impede ao tribunal de julgamento fazer um juízo “antecipado” de mérito (seja ele negativo ou positivo) sobre a culpa do arguido a meio da audiência de julgamento.<sup>1</sup>

5. O processo adversarial é ainda regido pela *princípio da disponibilidade das partes sobre o objecto e os meios de prova*, mas no Estatuto ele é muito diluído. É certo que as partes podem acordar sobre a alteração dos factos constantes da acusação, a confissão do arguido e até sobre a pena devida (artigo 65, n. 5, do Estatuto) e sobre o conteúdo de documentos ou de certos testemunhos ou outros meios de prova (regra 69 das Regras de Procedimento e de Prova), mas este acordo não é vinculativo para o tribunal de julgamento. É certo que o procurador pode retirar todos os factos da acusação durante a audiência de julgamento (e, por maioria de razão, apenas alguns desses factos), com autorização do tribunal de julgamento, e pode adicionar novos factos ou substituí-los por outros mais graves após a confirmação da acusação e até à remessa dos autos para julgamento, com autorização do juízo de instrução, mas o procurador não poderá adicionar novos factos ou substituí-los por outros mais graves após a remessa dos autos para julgamento (artigo 61, n. 9, do Estatuto, *a contrario*).

É também certo que as partes dispõem sobre a ordem de produção da prova, mas fazem-no nos limites estritos fixados pelo tribunal e sob o controlo permanente deste (artigo 69, n. 3, do Estatuto e regra 140, ns. 1 e 2, (c), e regra 88, n. 5, das Regras de Procedimento e de Prova). O defensor tem sempre o direito de inquirir a testemunha em último lugar e o arguido não presta juramento e fala sempre no final (regra 140, n. 2, (d) e regra 141, n. 2, das Regras de Procedimento e de Prova).

Acresce que o tribunal de julgamento tem um importantíssimo poder oficioso de iniciativa

de produção de prova (artigos 64, n. 6, (d), e 69, n. 3, do Estatuto) (cujo exercício cabal implica o conhecimento do dossier do inquirido !) e um não menos importante poder de sindicância sobre a legalidade e a pertinência dos meios de prova carreados para a audiência pelas partes (artigo 64, n. 4, e artigo 65, ns. 1 e 5 do Estatuto).<sup>2</sup> O tribunal deve exercer este poder no âmbito de um quadro limitado e flexível de regras probatórias e de que se destacam as regras relativas à desnecessidade de corroboração da prova, particularmente no que respeita aos crimes sexuais (regra 63, n. 4, das Regras de Procedimento e de Prova), à inadmissibilidade, “quando adequada” (*where appropriate*, na expressão inglesa), da inferência do consentimento da vítima dos crimes sexuais (regras 70 e 71 das Regras de Procedimento e de Prova), à admissibilidade do consentimento expresso e tácito para desconsideração do segredo profissional (regra 73 das Regras de Procedimento e de Prova), e ainda à prestação de garantias de imunidade em caso de testemunho auto-incriminatório (regra 74 das Regras de Procedimento e de Prova) e à faculdade de recusa de prestação de depoimento por membro da família do acusado (artigo 75 das Regras de Procedimento e de Prova). Por outro lado, o regime sancionatório das regras probatórias assenta, não em um elenco fechado ou enunciativo de nulidades, mas numa regra genérica de exclusão dos meios de prova obtidos em violação do Estatuto (e, obviamente, das Regras de Procedimento e de Prova que o concretizam) ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando essa violação cause prejuízo grave ao processo ou suscite dúvida séria sobre a fiabilidade das provas (artigo 69, n. 7, do Estatuto), à imagem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos casos *Schenk v. Suíça*, de 1988, *Khan v. Reino Unido*, de 2000, e *P.G. e J.H. v. Reino Unido*, de 2001. Este regime sancionatório permite uma ampla margem de valoração ao tribunal de julgamento, que poderá ser mais influenciado pelas características particulares do caso em apreço e pela repercussão concreta da violação no destino do caso do que por considerações de princípio sobre a danosidade intrínseca do vício cometido (assim poderá suceder, por exemplo, no caso do “treino”, o chamado *coaching* das testemunhas, ou no aproveitamento da prova produzida pelas “testemunhas genéricas”, na expressão inglesa, as *overview witnesses*, ou mesmo da prova de ouvir-dizer).<sup>3</sup>

Este amplo poder é controlado por via de recurso, para o que contribui o dever de fundamentação, também ele amplo, da decisão final (“uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas”) e a possibilidade de a decisão, ela própria, revelar as opiniões da maioria e da minoria, sem contudo admitir votos de vencido, uma vez que se trata de “uma só decisão” (artigo 74, n. 5, do Estatuto).

O tribunal de julgamento pode autorizar, quando “o considerar oportuno”, a expressão pelas vítimas de “opiniões e preocupações” através dos seus representantes legais (artigo 68, n. 3, do Estatuto) e dispõe mesmo do poder oficioso de fixação da indemnização devida às vítimas (artigo 75, n. 1, do Estatuto).

O tribunal de julgamento pode ainda oficiosamente (e deverá a requerimento de alguma das partes) determinar a realização de uma audiência para aplicação da pena (*sentencing*), com o fito de conhecer não apenas de exposições relevantes para a determinação da pena, mas também de elementos adicionais

de prova (e não necessariamente de elementos probatórios “novos”, como resulta da tradução portuguesa !) referentes à gravidade do crime e às condições pessoais do condenado (artigo 76 e 78 do Estatuto).<sup>4</sup>

6. O *princípio da publicidade* é o último dos princípios basilares de um sistema adversarial e encontra-se consagrado no Estatuto (artigo 64, n. 7). As excepções à publicidade só podem dizer respeito a “determinadas diligências” e não a todo o processo. Acresce que as excepções à publicidade só podem prosseguir dois fins: ou proteger a informação relativa à segurança nacional (artigo 72, n. 5, (d) do Estatuto) ou proteger as vítimas, as testemunhas ou mesmo o arguido (artigo 68, n. 2, do Estatuto). Os meios utilizados para estes efeitos podem ser a realização da diligência à porta fechada, o uso de meios electrónicos ou de outros meios especiais e ainda, relativamente às vítimas e testemunhas, o uso de pseudónimos (regra 87, n. 3, das Regras de Procedimento e de Prova).

## NOTAS

1. Como concluem, ainda que de modo reticente, os autores do estudo *Measures available to the ICC to reduce the length of proceedings*, Informal Expert Paper, ICC-OTP, 2003, p. 13.
2. Sobre a interpretação do requisito da pertinência com o significado de credibilidade *prima facie* do meio de prova, Helen Brady, "The System of Evidence in the Statute of the International Criminal Court", in Flavia Lattanzi e William Schabas, *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Roma: Editrice il Sirente, 2, p. 290.
3. Sobre a admissibilidade destes meios de prova, *Measures available to the ICC to reduce the length of proceedings*, Informal Expert Paper, ICC-OTP, 2003, p. 15, e William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 151.
4. Com razão, William Schabas conclui que há "uma forte presunção a favor de uma audiência distinta de determinação da sentença a seguir à condenação" espelhada no Estatuto. Veja-se William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 157.

