

## **A INFLUÊNCIA DIRETA DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Marina Teles COIMBRA<sup>1</sup>  
Mariana Tiemi ICHIOKA<sup>2</sup>

**RESUMO:** Busca através de este trabalho explicar questões referentes à origem do Código Processual Brasileiro, explicando leis que foram um marco e serviram de base para as futuras alterações sob a esfera da antiga legislação, como por exemplo, a lei 12.015/09 que mesmo servindo como uma referência normativa, que era ainda tangível de lacunas, os princípios adotados pelo código e suas fases no processo. Relaciona-se, também, natureza jurídica dos tratados, pactos e convenções internacionais, como esta produz efeitos em nossa constituição e respectivo código. E por fim, assimilando o Código Processual Brasileiro com os Tratados Internacionais.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais. Processo Penal Brasileiro. Leis. Alterações. Lacunas Normativas.

### **1 INTRODUÇÃO**

Muito significativa têm a influência do contexto internacional nas normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo um dos grandes pilares de sustentação dos direitos fundamentais em um contexto externo, os tratados quebram barreiras territoriais e vêm com o objetivo de uniformizar parâmetros relativos a proteções subjetivas e individuais inerentes de toda pessoa. O objetivo da pesquisa, têm, portanto, fazer uma reflexão no contexto do Processo Civil Brasileiro,

---

<sup>1</sup> Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. marinacoimbra1@hotmail.com

<sup>2</sup> Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. mari.tiemi@hotmail.com

bem como tal a sua relação direta com o Direito Internacional, analisando sua evolução histórica e seus atuais impactos processualistas presentes.

## **2 NATUREZA JURIDICA DE PACTOS E CONVENÇÕES**

O período mais significativo para o Processo Penal Brasileiro foi em meados do século XX, em 1941 seu Código foi criado, continuando até os dias de hoje. Nosso código foi inspirado no código processual italiano, na década de 30, em que estava sob regime fascista, sendo então, relacionado a bases grandemente autoritárias. Detemos um exemplo da sentença absolutória, que em palavras curtas podemos dizer que é aquela que julga improcedente a pretensão de punir, ou seja, quando uma denúncia era recebida, se decretava automaticamente a prisão preventiva do réu, como se já fosse tido como culpado (dispõe no artigo 312º CPP antigo). Então, o princípio regido na época era a presunção de culpabilidade.

Na década de 70 começou a haver mudanças em nosso Código, uma delas foi a Lei nº 5.349/67 que foi a flexibilização das inúmeras regras de restritivas de liberdade, e as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 também passaram por alterações.

- Lei 11.689/08 – modificou o rito procedimental do júri.
- Lei 11.690/08 – alterou o tratamento das provas.
- Lei 11.719/08 – promoveu ampla modificação nos ritos procedimentais.
- Lei 12.403/11 – tratou e introduziu diversas medidas cautelares pessoais no Brasil, apresentando alternativas efetivas e concretas às prisões cautelares.

Há uma ponderação no que se determina tratados com direito internacional público privado, sendo um conjunto de normas para regular o conflito de leis no espaço, que são aplicadas em relações jurídicas nos ordenamentos jurídicos pátrios, a luz da disciplina da Lei de Introdução as normas do direito brasileiro. Os tratados que são signatários da lei interna, seus costumes, jurisprudências e doutrina interferem nas origens do direito. Como já falado, o

tratado é um acordo formal entre os sujeitos da relação jurídica celebrada, dessa forma, se vê o tratado como uma forma de produzir efeitos e a eficácia na relação jurídica, tendo vínculos de direitos e obrigações entre os Estados ou organização internacionais. Na época atual os tratados as mais variadas formas de relações jurídicas entre os Estados, sendo esse o motivo, que começa o estudo sobre os tratados em relação ao impacto deste nas normas de direito brasileiro

O direito internacional há mais de 100 anos foi tido como direito costumeiro, as regras desse segundo direito tinham uma abrangência geral e eram apontadas como obrigatórias, pois essas regras consuetudinárias eram tidas como justiça e como forma de necessidade para um convívio harmônico. E com isso vários Estados foram adotando essas regras, e no século XVIII via-se o direito convencional como um compromisso entre Estados contratantes, então, tinha-se a eminência do costume e a posição subalterna do tratado, sendo um direito internacional costumeiro.

No século XIX e partir de 1815 tivemos a celebração do primeiro tratado internacional, com aspecto formal, firmado em princípios, regras de conduta entre os Estados.

Os tratados apresentavam até o romper do século XX uma consistência costumeira, pois foram criados o Pacto Sunt Servanda e o princípio da boa-fé, em que, as partes manifestam seus interesses e atribuem consentimentos para não haver conflitos e posiciona o compromisso e o põe em vigor, para que este produza efeitos, e aí que entra o tratado, para regularizar esse compromisso, ou seja, quando houver alguma modificação, extinção. Uma curiosidade é que o primeiro registro de celebração de um tratado foi em relação a paz entre Hatusil III, rei dos hititas e Ramsés II, faraó egípcio da XIX<sup>a</sup> dinastia, pondo fim as guerras em terras sírias, entre 1280 e 1272 a.C.

O século XX teria as organizações internacionais fazendo com que as pessoas fossem capazes de pactuar compromissos e os tratados seria a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas, expressas em seu texto. Em resumo, tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos, ele se exprime com precisão, em um determinado momento histórico, e seu teor bem definidos.

Do mesmo modo nós temos uma distinção entre os tratados contratuais e os tratados normativos. Rousseau, em sua obra datada em 1944 (p.24-25), diz que essa distinção se dá, pois, as partes realizam um procedimento jurídico, fazendo acordo de comércio, aliança, cessão territorial e utilizam desses tratados como uma lei de direito válida. “Resoluções, recomendações, declarações, diretrizes, esses são títulos que qualificam as decisões das organizações internacionais contemporâneas, variando seu exato significado e seus efeitos conforme a entidade que se cuide. Muitas dessas normas obrigam a totalidade dos membros da organização, ainda que adotadas por órgão sem representação do conjunto, ou por votação não unânime em plenário. É certo, porém, que tal fenômeno somente ocorre no domínio das decisões procedimentais, e outras de escasso relevo. No que concerne as decisões importantes, estas só obrigam quando tomadas por voz unânime, e, se majoritárias, estas só obrigam apenas os integrantes da corrente vitoriosa, tanto sendo verdadeiro até mesmo no âmbito das organizações europeias, as que mais longe terão levado seu nível de aprimoramento institucional”. (Rezek, p. 175-176).

Todavia, algumas diferenças são visíveis entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Os primeiros são positivados nos ordenamentos jurídicos internos, apresentando um campo de aplicação mais restrito. Aliás, nem todos os direitos fundamentais são exercitáveis por todas as pessoas, exemplo disso é o direito de voto, que não pode ser exercido pelos conscritos durante o período militar (artigo 14, parágrafo segundo, da Constituição Federal). (MAZZUOLI, 2011, p. 805).

Já quanto aos direitos humanos, estes podem ser reivindicados por qualquer cidadão, bastando que ocorra a violação de um direito seu reconhecido em um tratado internacional do qual seu país faça parte. (MAZZUOLI, 2011, p. 805).

Há uma certa dificuldade de diferir decisões de organizações internacionais e tratados coletivos, como compara a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pelo Assembleia Geral da ONU, em 1948. Para os Estados predominantes a organização internacional tem natureza jurídica como a de um tratado. Rezek (p.176), diz sobre isso,

“parece claro que não. É no mínimo impróprio encarar uma decisão desse tipo como um acordo formal entre sujeitos de direito das gentes. Tomemos, de preferência, a organização internacional na sua qualidade de sujeito singular

daquele direito. Dentro da organização, certo órgão, no uso de sua competência, deliberou alguma coisa. A eficácia legal desse produto se mede a luz do sistema constitucional da organização. Pode haver obrigatoriedade, assim, tanto numa decisão da assembleia, ou de um conselho especializado. O Estado membro da organização, de todo modo, não irá recolher obrigações de um acordo formal que tenha celebrado com seus homólogos, mas da força compulsiva de quanto haja regularmente decidido o órgão daquela organização internacional, cujos mecanismos jurídicos ele, Estado, ajudou a engendrar, e considera válidos na sua integralidade. O fundamento dessas obrigações não terá sido, pois, nenhum acordo avulso, depreensível da acidentalidade de ter a decisão nascido de um órgão colegiado. Nada, aliás, melhor ilustra esse raciocínio que a lembrança daquelas decisões organizacionais majoritárias que obrigam todos os Estados-membros. Nesse contexto, a posição do Estado vencido destrói a ideia da analogia ao acordo formal: não havendo aquiescido, está ele, não obstante, vinculado aquilo que a decisão realmente é, vale dizer, um ato normativo obrigatório, editado pela organização, de cujos estatutos promana sua legitimidade”.

O Brasil ratificou a maior parte dos tratados internacionais referentes a direitos humanos, como por exemplo, em âmbito global: Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998); Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referentes à venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000); Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança

relativos ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000).( MAZZUOLI, 2011, p. 818).

Conforme a definição apresentada pela Convenção de Viena, são elementos essenciais do conceito de tratado internacional: o acordo internacional (caracterizado pela convergência de vontades cuja finalidade é a de criar entre as partes um vínculo juridicamente exigível); celebrado por escrito; concluído entre Estados (os tratados somente podem ser concluídos por entes capazes de assumir direitos e obrigações no âmbito externo, detém esta prerrogativa os Estados e as organizações internacionais intergovernamentais); regido pelo direito internacional público; celebrado em instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos; ausência de denominação específica. (MAZZUOLI, 2011, p. 170-176).

## **2 MOMENTO EM QUE OS TRATADOS INTERNACIONAIS GERAM EFEITOS**

Os tratados internacionais, por serem importante ferramenta de acordo entre entidades internacionais, até adquirirem plena eficácia, devem seguir algumas fases para sua formação. Tradicionalmente, a doutrina internacional menciona as seguintes fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Na primeira fase, de negociação, surgem os primeiros contatos entre os sujeitos de direito internacional, através de seus oficiais, a fim de estabelecer interesses em comum e iniciar o diálogo sobre um possível acordo. A negociação de um tratado internacional, manifesta-se entre Ministro do Exterior ou algum representante e o agente diplomático estrangeiro. Já a negociação entre tratado multilateral surge em grandes conferencias e congressos. A segunda fase é a assinatura, que é fase em que as partes manifestam sua vontade, que é um elemento obrigatório para qualquer negócio ser considerado válido e assim estabelecendo uma relação jurídica. Como diz o decreto 7.030/09 da Convenção de Viena: “o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado”. Gerando, então, uma autenticidade, não sendo admitida uma

modificação, salvo convenção entre as partes. Não esquecendo que é por meio de um consentimento que o tratado começa a produzir efeitos. A fase da ratificação, é a etapa em que se formaliza a obrigatoriedade do cumprimento do tratado.

Depois de todas essas fases, vem a promulgação, publicação e a seguir o registro, que é partir deste momento que o tratado está plenamente apto a proporcionar os efeitos jurídicos que foram acordados entre as partes.

Tanto a jurisprudência, quanto a doutrina nacional e também a internacional discute a um longo período de tempo a posição hierárquica dos tratados e convenções quando se comparados com a normatização interna, não havendo um posicionamento preponderante. Vale ressaltar que para alguns os tratados ocupam três tipos de apreciação: uma em sendo a hierárquica legal, outra supralegal (os tratados já vigentes no Brasil possuem valor supralegal: tese do ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP), que foi reiterada no HC 90.172-SP, 2ª Turma, votação unânime, j. 05 de junho de 2007 e ratificada no histórico julgamento do dia 03 de dezembro de 2008), e ou constitucional. O artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o princípio da prevalência da norma mais benéfica. Ou seja, a Convenção só se aplica se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, ficando vedada sua aplicação se resultar na restrição e limitação do exercício dos previstos pela ordem jurídica de um Estado-Parte ou por tratados internacionais por ele ratificados.

A constituição tem dois parágrafos no art. 5º que é tratado internacional, gerando uma discussão.

No parágrafo 2º do artigo 5º: temos direitos explícitos (expressamente o legislador disse que são direitos fundamentais), e também temos direitos fundamentais espalhados pela constituição e os que estão fora, na constituição federal eles são explícitos e implícitos (não são expressos, mas dependem de uma interpretação, exemplo: educação, saúde, direito social, família, meio ambiente. Mas, também, existem alguns dispositivos que precisam de uma avaliação mais profunda pois causam uma divergência entre os entendedores do direito, exemplo: redução da minoridade, art. 228º CF) e fora da constituição são os tratados ou convenções. Na constituição começam a partir do título II, se o tratado for menos benéfico que a constituição, vai prevalecer a constituição. Mas e quando o tratado é melhor que a constituição? Exemplo: em 1988 a constituição diz que será preso o depositário infiel e depois de 4 anos é colocado na constituição o Pacto de San José da Costa Rica

de 1969 dizia que não poderia prender em caso de depositário infiel, o pacto já existia, mas o Brasil não havia ratificado e ratificou 4 anos depois da CF-88 em 1992 com o decreto 678/92. Então essa é a situação, pois o tratado tem uma regra mais benéfica que a constituição, mas o que pode mudar a constituição é só a emenda, e sendo decreto legislativo que está lá em baixo da pirâmide de hierarquia das normas. Então como solucionar o problema se o decreto estava lá em baixo? Foi proposta uma ADI contra o decreto do pacto (ADI 1480/DF), alegando que a constituição deve prevalecer sobre os tratados quando se conflitarem (“prevalece a soberania nacional”).

Então ao invés de mexer no tratado, eles criaram uma regra nova, que é o parágrafo 3º do artigo 5º CF., mas, o problema é que tentaram arrumar e só piorou. Qual foi o problema? O primeiro é que o parágrafo diz que são tratados que falam sobre direitos humanos, ou seja, existem tratados que falam sobre outras coisas que são os chamados tratados comuns, exemplo: tratados sobre direito econômico. Então este foi o primeiro problema, que a constituição especifica que é só tratados de direitos humanos, e nesses tratados comuns continuasse aplicando a ADI 1480/DF, ainda prevalecendo a constituição, ou seja, continuará sendo um decreto legislativo. Não existe e não poderá existir nenhum tratado de matéria que não seja de direitos humanos, que seja aprovado pelos moldes de emenda. Outro problema é que terá que ser aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, causando outros dois dispositivos, os que forem aprovados com emenda e os que não forem aprovados com emenda.

Os tratados sobre direitos humanos que não são aprovados com emenda será um decreto legislativo, em sendo um decreto, mesmo sendo um tratado de direito humano, ele estará lá em baixo na pirâmide de hierarquia das normas. Então esse tratado, mesmo que seja mais benéfico que a constituição, ainda prevalecerá a constituição, tendo então, que, promover uma ADI 1480/DF contra esse tratado.

Os tratados sobre direitos humanos que foram aprovados com emenda, terão que ser aprovados em cada Casa em dois turnos por 3/5 dos votos, ele será um decreto legislativo com força de emenda constitucional, e então ele se desloca da pirâmide de decreto para emenda e então qual prevalecerá? Prevalecerá o mais benéfico, podendo ser o tratado ou a constituição.

Há uma questão importante a ser abordada, que é porque que o legislador brasileiro ao invés de colocar a palavra "serão aprovados com emenda" preferiu colocar "se forem aprovados com emenda"? Porque emenda não pode restringir direito fundamental, exemplo: os países resolvem fazer um tratado internacional sobre meio ambiente e um monte de país resolve assinar o tratado e quando o tratado fica pronto, alguns países desistem de assinar. E o Brasil assina, porque tem um dispositivo na constituição brasileira que diz que emenda não pode restringir direito fundamental e se o tratado entra como uma emenda, não se pode criar outra emenda para tirar esse tratado, pois o tratado é de matéria de direito fundamental. E mesmo que esse tratado conflite com a constituição, prevalecerá o tratado, pois é mais benéfico, no caso desse exemplo de tratado do meio ambiente.

Posteriormente inicia-se os mecanismos de negociações entre os países, há o acordo e os países passam a ser signatários daquele tratado, em que, se tratando de um tratado internacional um ponto relevante é a língua a ser utilizada, neste caso, se estabelece um idioma que as partes desejam e põe no acordo do tratado internacional. Em questão de sua representação, as partes têm que ter capacidade, bem como a habilitação dos agentes. A representação das partes no caso do Estado é feita pelo chefe do poder executivo, no caso do Brasil, o Presidente da República. Pode ser feito também um acordo de tratado internacional com o Ministro de Estado responsável pelas relações exteriores. Possuindo uma carta de plenos poderes, expedida pelo chefe de Estado, poderá vir a ter outros representantes. Isto posto, o próximo procedimento a ser utilizado no tratado é a adesão, este mecanismo permite que, com uma maioria de 2/3 dos Estados presentes e votantes ou pelo consenso em uma conferência internacional, seja, então, adotada uma composição do tratado, essa adesão pode ocorrer depois de estabelecidas as regras para aderir o tratado, como aos Estados que já são signatários do tratado. Depois da adesão é feita a assinatura, este é o instrumento pelo qual se encerra as propostas de negociação, mas, vale ressaltar que esse instrumento, que é a assinatura, não gera nenhuma obrigação entre as partes da relação jurídica, pois o comprometimento em definitivo só irá ocorrer com sua ratificação. Ratificado o tratado, é quando se expressa em definitivo sua vontade de se firmar com um tratado internacional, com isso, há a "carta de ratificação", que é o documento no qual se tem concluído o acordo.

Vale ressaltar os procedimentos dos tratados, pois pode ocorrer alguns institutos como as reservas, duração do tratado, vício de consentimento e o objeto lícito e possível, e esses são procedimentos essenciais. As reservas têm como procedimento excluir ou modificar o efeito jurídico de um ou vários dispositivos do tratado, mas, em sendo um tratado que é bilateral não se comporta reserva, pois o consenso tem que ser total. Em questão da duração do tratado, este pode ser indeterminado, que por esta razão extingue-se por consentimento mútuo, denúncia, desuso, impossibilidade de execução e estado de guerra. Os vícios de consentimento, podem decorrer de erro, dolo, corrupção do representante de Estado ou coação, e por decorrência desse vício de consentimento pode ocorrer a nulidade da cláusula que está viciada ou a nulidade de todo o tratado, que dispõe nos artigos 46º a 52º da Convenção de Viena). Finalizando, o objeto somente pode ter coisa materialmente possível e sendo permitida pelo Direito Internacional.

O Brasil assinou até hoje apenas um tratado internacional sobre direitos humanos com status de emenda é o tratado de Nova York, que fala sobre os direitos dos deficientes físicos.

O Pacto de São José da Costa Rica é materialmente e não formalmente constitucional e o tratado de Nova York é materialmente e formalmente constitucional, sendo essa a diferença de ambos.

Então o tratado internacional passa a possuir sua eficácia no momento da assinatura do tratado e em sua ratificação. E segundo dispõe a Constituição Federal, que seja praticado pelo Chefe de Estado.

No artigo 84º, inciso VIII da Magna Carta dispõe: “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitas ao referendo do Congresso Nacional”.

Convém dizer que o tratado ou convenção internacional não obriga o país assinante a apreciá-lo e cumpri-lo no vínculo jurídico que forem tratadas dentro de seu foro interno.

### **3 PROCESSO PENAL E O VÍNCULO COM TRATADOS INTERNACIONAIS**

O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

- I - Os tratados, as convenções e regras de direito internacional;
- II - As prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, artigos 86º, 89º, § 2º, e 100º);
- III - Os processos da competência da Justiça Militar;
- IV - Os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122º, no 17);
- V - Os processos por crimes de imprensa. Vide ADPF nº 130.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos incisos IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

Há uma ponderação no que se determina tratados com direito internacional público privado, sendo um conjunto de normas para regular o conflito de leis no espaço, que são aplicadas em relações jurídicas nos ordenamentos jurídicos pátrios, a luz da disciplina da Lei de Introdução as normas do direito brasileiro. Os tratados que são signatários da lei interna, seus costumes, jurisprudências e doutrina interferem nas origens do direito. Como já falado, o tratado é um acordo formal entre os sujeitos da relação jurídica celebrada, dessa forma, se vê o tratado como uma forma de produzir efeitos e a eficácia na relação jurídica, tendo vínculos de direitos e obrigações entre os Estados ou organização internacionais. Na época atual os tratados as mais variadas formas de relações jurídicas entre os Estados, sendo esse o motivo, que começa o estudo sobre os tratados em relação ao impacto deste nas normas de direito brasileiro.

O legislador adota o princípio da territorialidade como regra do nosso ordenamento jurídico, ou seja, sempre que tiver uma demanda penal tramitando em órgãos judiciários brasileiros, aplica-se o Código processo Penal. Sem o embargo, é possível que seja realizado atos processuais estrangeiros no Brasil que pode ser por meio de uma carta rogatória ou em regras da legislação processual estrangeiras sejam aplicados a feito em trâmite no Brasil como ferramenta de integração da lei. Este princípio consagra o que rege o processo penal brasileiro. Então, nenhuma sanção penal poderá ser aplicada sem a observância de suas regras e princípios. Pelo princípio do juiz natural, legal ou constitucional, todo cidadão só poderá ser julgado por aquele órgão jurisdicional que está explicitamente na constituição ou

implicitamente aprovado por ela, isto está disposto no artigo 125º Constituição Federal.

Como tem que ser analisado essa prática de tratados e direito interno, em que ambos têm que ser analisados como forma única, pois os tratados interferem nas relações jurídicas de direito privado, tendo uma correlação internacional. O Brasil é um país democrático há um consentimento da população como um instrumento essencial para sua aplicabilidade em normas brasileiras, seja pela votação em plebiscitos, referendo ou iniciativa popular. A ratificação de tratados com a aprovação em cada Casa com 3/5 dos votos, está elencado no artigo 84º, inciso VIII da Constituição Federal, “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. A constituição há um dispositivo normativo que trata das regras de estruturação do Estado. Em um lugar democrático, onde diz que tudo que se faz é em prol do povo. Essa teoria de democracia foi analisada por Lincoln, ele disse: “é o governo do povo, para o povo, com o povo”. Nossa constituição é democrática, como diz no parágrafo único do artigo 1º “todo poder emana do povo”, sendo esse nosso Poder Constituinte. Posto isto, o Presidente da República dispõe a promulgação e publicação a eficácia de tal tratado.

Em relação a influência do processo penal sob a esfera dos tratados internacionais de direitos humanos, foi no fim do século XIX que estes tratados internacionais passaram a se unificar como fonte de direito a ser seguida pelos Estados nas relações internacionais. Antigamente o direito era tido como costumeiro ou consuetudinário que estes estabeleciam regras em relação com os Estados.

Em todo o caso, percebe-se que a regra processual, em termos espaciais, é a seguinte: o crime deve ser processado e julgado por autoridades brasileiras, aplicando-se o CPP, quando o crime for cometido em território nacional (em sentido amplo ou estrito) ou, ainda que cometido no exterior, o Brasil avoque competência para tal como expressão de sua soberania. Neste sentido, é de salutar importância o local de consumação do crime, pois dentre os juízes brasileiros, o Código de Processo Penal definirá aquele que é competente para processar e julgar o feito, tendo por regra como juízo competente aquele em que o crime se consumou (artigo 70º, CPP). Prevalece, em tais casos, a teoria do resultado, pois entendeu o legislador que a Justiça e a Polícia do local da consumação teriam melhores condições para instruir o feito. Fixada a competência

brasileira, por haver sido o crime cometido no território brasileiro (em sentido lato) ou por, ainda que cometido no estrangeiro, o Estado brasileiro avoque esta competência (extraterritorialidade), resta saber qual o foro ou seção judiciária competentes para processar e julgar a infração cometidas a bordo das aeronaves e embarcações, já que não estão no território nacional em sentido estrito.

Artigo 89 do Código de Processo Penal estabelece:

“Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto-mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do país, pelo último em que houver tocado”.

Já o artigo 90º do Código de Processo Penal diz: “os crimes praticados a bordo da aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao alto-mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela da comarca de onde houver partido a aeronave.

Piovesan (2010, p.44) diz que a necessidade de regularizar o processo de formação dos tratados internacionais “resultou na elaboração da Convenção de Viena, que teve por finalidade servir como a Leis dos Tratados”. Na convenção de Viena a palavra tratado remete a um acordo internacional celebrado entre os Estados signatários em uma forma escrita e regida pelo direito internacional, que obtenha em instrumento único ou conexo. Pela doutrina se classifica como sendo “todo acordo formal concluído entre sujeito de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (Rezek 2014, p.14).

Obedecendo certos tratados, convenções ou pactos que o Brasil é signatário a lei processual penal brasileira deixa de ser aplicada, mesmo o crime sendo cometido em território nacional, pela expressão Mayer, há verdadeiros obstáculos processuais que impede a realização da lei processual penal brasileira. Nos crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves estrangeiras ou em águas territoriais e espaço aéreo brasileiro, não será aplicada a lei penal e nem processual brasileira. Não se aplica também a nossa lei processual aos agentes diplomáticos

aqui acreditados, imunidade formal, convenção de Viena (1961), ou seja, os navios e aeronaves estatais, seja aonde estiverem, todo crime ali dentro será julgado com a lei processual brasileira.

O Estado acreditante é o que manda o embaixador e sua equipe, o Estado acreditado é aquele que recebe a equipe e os diplomatas. Esses diplomatas que são enviados aos estrangeiros têm imunidades também em relação a lei brasileiras, ou seja, os argentinos diplomatas que venham ao Brasil, se ocorrer algo, a lei processual brasileira não será aplicada a eles, e a família também fica imune. Isso também vem da convenção de Viena. A imunidade material é atinente a lei penal e a imunidade formal ou processual é atinente as leis processuais penais. O presidente e seus ministros também tem essa proteção internacional pela convenção de Viena. Consulados são escritórios que se abrem no estrangeiro para defesa comercial e cultural do país, exemplo: perder um passaporte em um país estrangeiro, então, o consulado está ali para ajudar, mas, a imunidade de quem trabalha no consulado é relativa, ou seja, este só está imune dos delitos funcionais, aqueles delitos de cônsul.

Os funcionários diplomáticos que vivam em companhia dos respectivos agentes também usufruem dessas prerrogativas. A imunidade é relativa, isto posto, os empregados particulares não, mas, essas prerrogativas se expandem aos membros da família do diplomata, que com ele vivam sobre o mesmo teto, se este diplomata falecer sua respectiva família ainda irá gozar das prerrogativas, até que abandone o Estado onde se encontra (Convenção sobre funcionários diplomáticos adotada na Conferência de Havana 1928, e que foi promulgada em 1929 pelo decreto 18.956). (Fernando Tourinho, 2011, p. 90).

Se o sujeito não tomou posse ainda, ou seja, um crime ocorrido antes de janeiro, então, antes da posse e depois da diplomação, esses autos serão encaminhados ao Senado ou a Câmara dizendo que o sujeito praticou um crime inafiançável e aí terá uma votação e terá que ter maioria absoluta para declarar a prisão do sujeito.

A doutrina traz exceções, em que, a lei processual do Estado pode ser aplicada fora de seus limites territoriais, nas hipóteses de aplicação da lei processual penal de um Estado em território nulo (território onde não há soberania; quando houver autorização do Estado onde deva ser praticado o ato processual, ou

seja, quando o Estado abre mão da soberania; ou em caso de guerra, em território ocupado.

A imunidade processual e concurso de agente é quando se suspende a ação para um e não para outro e a consequência de suspender a ação, é que primeiro vai esperar terminar o mandato e vai reiniciar o processo, já que a constituição permite que a câmara suspenda, então o processo ficará arquivado até o mandato acabar. Mas qual a consequência do concurso de agentes? O B que é o assessor não tem essa prerrogativa, então, os processos vão ser separados, pega o processo arquivado, cópia e faz outro processo para B, pois B não será beneficiado pela decisão da câmara, em que, não alcança o assessor. E também suspende a prescrição do A, para que a sociedade não tenha prejuízo. Senador e deputado que só pode ser processo pelo supremo, quando praticar um crime, o supremo entende que nenhuma investigação poderá ser iniciada sem a autorização do supremo, então, a polícia tem que encaminhar a ocorrência ao supremo e o supremo vai sortear um ministro, aquela ocorrência vai receber um número do supremo e o chefe da execução e nada poderá ser feito sem autorização desse chefe.

Os réus em foro internacional (Rezek, p.190) diz a respeito sobre o caso de Nuremberg, dizendo que nunca poderá negar o peso ético e de princípios elementares de direito penal.

“As coisas são um pouco unívocas quando se tem em vista os tribunais penais criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para julgar violações graves do direito humanitário cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda (resoluções 808 e 1993 de 1994). Se abstrai, entretanto, a nebulosa motivação da escolha desses dois cenários (entre tantos outros onde, desde o final da última grande guerra, o direito internacional humanitário foi violado), o fato é que a luz do direito esses foros internacionais são no mínimo defensáveis. De início, porque o Conselho de Segurança tem autoridade para cria-los, sem qualquer ato da Assembleia Geral, desde que o faça, como fez nos dois casos, com base no capítulo VII da Carta da ONU, que fala da ação a empreender em face de uma ameaça a paz (tenha-se em conta o enorme conteúdo possível dessa expressão, e o juízo político que o Conselho se pode permitir a respeito). Depois, porque as práticas em questão foram definidas como crimes em textos internacionais que os países onde ocorreram

havia incorporado ao seu direito interno (inúmeros países o fizeram, ao adotar as convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977).”

### **3 CONCLUSÃO**

Decorrente ao artigo, conclui-se que os tratados vieram de um direito costumeiro no século XX, que essas regras eram tidas como consuetudinárias e precisavam dela para a sociedade viver em harmonia.

Neste mesmo século, as organizações internacionais faziam com que as pessoas comessem a firmar compromissos em suma com os tratados, que teria consigo suas regras costumeiras e consuetudinárias, pois o tratado é um acordo formal entre pessoas jurídicas no direito internacional público, produzindo efeitos jurídicos. As organizações internacionais têm a mesma natureza jurídica que a de um tratado. Dentro das organizações tem um órgão, com uma competência e delibera algo, podendo haver uma obrigatoriedade tanto com uma decisão em assembleia quanto a de um conselho especializado. Os Estados que são membros (majoritários) não irão recolher obrigações de um acordo formal, mas sim, uma força coercitiva para que haja regulamento, que foi decidido por um órgão daquela organização internacional, com seus efeitos jurídicos, que o Estado considera válidos. E os estatutos impõe sua legitimidade.

Foi questionado neste artigo, como que os tratados geram efeitos em nossa constituição, pois o legislador criou um problema em nosso ordenamento, pois este, disse que só poderia adentrar no nosso ordenamento jurídico tratados internacionais que tivesse como matéria direitos humanos, logo, outros tipos de matérias que são consideradas importantes não poderiam adentrar, por exemplo, tratados que ajudassem a economia ou tratados internacionais que fossem para melhorar o direito ambiental, então, o Brasil não poderia impetrar esses tratados, pois estes não seriam de matéria de direitos humanos. Outro problema foi que os tratados além de ter que ser relacionado a matéria de direitos humanos, também, teria que entrar na constituição como uma emenda, pois tratados internacionais são tidos como decreto, então, os tratados internacionais, mesmo que fossem sob a matéria de direito humanos, poderiam não adentrar no nosso ordenamento, tendo

então, que ter uma votação em cada Casa. Posto isso, depois de passar por todo esse processo, se o tratado for tido como mais benéfico que a Constituição Federal de 1988, este será usado para regularizar tal ato.

Sendo usado tais tratados, convenções ou pactos, há verdadeiros obstáculos processuais que impedem a aplicação da lei processual penal brasileira. Então, foi estabelecido regras territoriais (de acordo com o princípio da territorialidade), para definir quando será ou não aplicado nosso Código Processual Penal e junto ao Código Penal Brasileiro. E, não só em relação aos territórios, como também, em relação as pessoas, em que, algumas pessoas que já foram descritas, mesmo estando em território brasileira são imunes a lei processual penal brasileira, por exemplo, os diplomatas, que essa regra alcança até seus familiares que moram sob o mesmo teto.

A doutrina traz exceções, em que, a lei processual do Estado pode ser aplicada fora de seus limites territoriais, nas hipóteses de a aplicação da lei processual penal de um Estado em território nulo (território onde não há soberania; quando houver autorização do Estado onde deva ser praticado o ato processual, ou seja, quando o Estado abre mão da soberania; ou em caso de guerra, em território ocupado.

Segunda Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja o tratado ratificado para fazer parte do direito interno brasileiro, sendo este tratado no âmbito da legislação ordinária e sem força para haver uma mutação constitucional, pois o Brasil exerce sua soberania nacional, ou seja, a constituição está acima de qualquer tratado ou convenção internacional que conflite com seu texto, desde que, a constituição seja mais benéfica, mas, para o STF não há alguma hierarquia em face de privilégios para tratados internacionais (*lex posterior derogat priori*), pois prevalece a norma interna quando os tratados conflitarem com o texto da constituição federal.

Os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída do artigo 102, III, "b", da Carta Magna de 1988.

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60º, § 4º, IV, estava estabelecido que quando a Carta da República incorpora em seu texto de direitos fundamentais derivado de tratados, que nela atribuía natureza especial e diferenciada, estando equiparados a cláusulas pétreas.

No artigo 102º, III, “b” da Magna Carta de 1988 dizia que os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos não têm natureza de norma constitucional, terão, sim, natureza de norma infraconstitucional. Os tratados internacionais só têm poder para revogar ou derogar, de acordo com o critério cronológico. Os tratados internacionais só podem ser alterados ou modificados por outra norma de oriundo igual ou superior, sendo lei internacional ou interna.

Quando se fala sobre direitos de cidadania, já engloba o efeito amplo de direitos humanos, sendo internacional ou nacional assegurados, ou seja, a democracia na esfera brasileira se compõe na política de proteção aos direitos estabelecidos nos tratados internacionais onde o Brasil é seu signatário.

Os direitos humanos devem transcender qualquer barreira impeditiva que seja uma imposição constitucional. Quando um tratado internacional de direitos humanos que amplia direitos contidos na Constituição, esse tratado passar a ter uma autorização expressa da Magna Carta, como estabelece seu artigo 5º, § 4º, tendo força para modifica-la, a fim de ampliar a ela seus direitos.

Para a grande maioria os tratados internacionais são vistos como benéficos, mesmo quando impedem o uso da legislação interna, pois, no direito processual penal vige o princípio do favor rei (favor libertatis), que é a posição do Estado em favor da liberdade do cidadão. Sempre que o juiz estiver em dúvida em uma norma de difícil compreensão, ele irá se virar para uma interpretação favorável a liberdade. No artigo 2º da lei de introdução do código de processo penal, estabelece: “à prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis. E, também, no conflito entre jus puniendi do Estado e o jus libertatis do acusado, deve-se privilegiar o réu”, isso está disposto no artigo 386º, VII CPP, que diz: “ não existir prova suficiente para a condenação”. Em que, se houver alguma norma interna processual que conflite com uma norma internacional, e esta internacional é mais benéfica para o réu, o entendimento de muitas é que esta deve ser aplicada, outros entendem que mesmo sendo mais benéfica deve prevalecer a soberania nacional.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a constituição e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p.12.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São José do Rio Preto: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1007 p.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.