

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 20 • N.º 3 • Julho-Setembro 2010 • DIRECTOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

SEPARATA

TESTEMUNHA ANÓNIMA E PARIDADE DE ARMAS
NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS
DO HOMEM: *ENCONTROS E DESENCONTROS*

RENATO STANZIOLA VIEIRA

 Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

TESTEMUNHA ANÓNIMA E PARIDADE DE ARMAS
NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS
DO HOMEM: ENCONTROS E DESENCONTROS

Renato Stanziola Vieira⁽¹⁾
Advogado

RESUMO: *O artigo tem o escopo de investigar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que tange à aplicação das normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem quanto ao anonimato testemunhal (art. 6.º, 3, d) de acordo com a observância da paridade de armas como conceito ligado ao processo penal adversarial. Para tanto, além de tratar do standard de regras processuais-penais no contexto europeu e estudar os julgados do Tribunal, será assumido ponto de vista crítico quanto às posições do Tribunal para, ao fim, ter-se algumas propostas com vistas à garantia do processo equitativo.*

ABSTRACT: *The article proposes to investigate the jurisprudence of the European Human Rights Court regarding the application of the European Human Rights Convention norms about anonymous testimonial (Art. 6.º, 3, d) according to the observance of the equality of arms as a concept attached to the adversarial criminal procedure. Therefore, besides regarding the standard of procedural penal rules in the European context and study the judgments of the Court, will be assumed a critical point of view about the Court's position in order to, at the end, reach some purposes to obtain the guarantee of a fair trial.*

PALAVRAS-CHAVE: *Processo penal, testemunha anónima, direitos humanos, processo equitativo, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.*

KEYWORDS: *Criminal procedure, anonymous testimony, human rights, fair Trial, European Court of Human Rights.*

⁽¹⁾ Devo agradecer, com orgulho de nossa amizade e sinceramente, aos dilectos RAFAEL TUCHERMAN, EDUARDO PAGLIONE e DIOGO MALAN, pela leitura do texto e apontamentos críticos.

*"The Court further reiterates that Article 6 § 3 (d) of the Convention leaves it to the domestic courts, again as a general rule, to assess whether it is appropriate to call witnesses. It does not require the attendance and examination of every witness on the accused's behalf: its essential aim, as is indicated by the words "under the same conditions", is full equality of arms in the matter. The concept of "equality of arms" does not, however, exhaust the content of paragraph 3 (d) of Article 6, nor that of paragraph 1, of which this phrase represents one application among many others. It is not enough to prove that the "accused" was unable to question a certain witness for the defence. He must also put forward a plausible argument that the appearance of the witness was necessary for ascertaining the truth and that the failure to examine the witness prejudiced the rights of the defence. Accordingly, only exceptional circumstances may prompt the Court to conclude that the failure to hear a person as a witness was incompatible with Article 6." (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Taxquet v. Belgium*, § 60).*

1. A busca do *standard* mínimo de processo penal europeu

No propósito de se chegar a um *standard* homogêneo de aplicação no âmbito europeu de regras de *processo equitativo* no processo penal ⁽²⁾, o tratamento à matéria probatória é dos mais tormentosos.

⁽²⁾ SARAH SUMMERS receia que não se possa falar, sem dificuldades, de um modelo europeu continental de processo penal, mas ressalva que, à vista dos delinquentes que lhe são dados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao menos numa *"abordagem europeia de pelo menos parte dos processos criminais, i.é aquela parte que regula os direitos da, ou as garantias oferecidas à, pessoa acusada da prática de uma ofensa criminal."* (The right to confrontation after *Crawford v. Washington*: A 'Continental European' perspective. In *International Commentary on Evidence*, V. 2, issue 1, 2004, article 3. Berkeley Electronic Press, pp. 1/3 — tradução nossa).

Uma primeira dificuldade a se superar decorre da constatação de não haver uniformidade sistemática a guiar cada processo penal nos países que acatam a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁽³⁾, o que faz com que se volte a considerar a problemática separação sistemática entre o que se entende por matiz *acusatória*, *adversarial* ou *inquisitorial* de cada modelo específico de direito processual penal.

A abordagem a partir da perspectiva de sistemas processuais — que tem em si mesma consequências notáveis no direito probatório quando se imagina a busca por um ideal de *processo equitativo* comprometido pelos países signatários da Convenção⁽⁴⁾ — tem sido objecto de novas aproximações, sobretudo a partir dos julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Nesse cenário, a doutrina aponta um primeiro e não pequeno desafio a ser enfrentado, qual seja, responder à indagação se se tem conseguido, já, chegar com segurança a uma possível conformação mínima de um *direito processual penal europeu*⁽⁵⁾. Noutras palavras: num *mínimo denominador comum*⁽⁶⁾.

Outra dificuldade, e que decorre da primeira, é que os obstáculos à homogeneização por vezes não são superados pelos pronunciamentos do Tribunal, que ora são auto-referenciais e até mesmo repetitivos (ex.: não foram poucas as vezes em que o Tribunal foi provocado a tratar dos testemunhos anónimos a partir da aplicação do direito processual penal da Holanda, de matriz sabidamente inquisitorial⁽⁷⁾), e chegam, em alguma medida, a beirar

⁽³⁾ Actualmente, são 47 os países que aderiram à Convenção Europeia de Direi-

posicionamento salvacionista das regras específicas de cada sistema processual penal, particularmente no campo da admissibilidade dos meios de prova como aqui se verá.

Daí se pensar, na análise de julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a partir dos critérios dos quais o Tribunal se vale para tratar da garantia do art. 6.º, § 3.º, “d”, da Convenção Europeia, de *encontros e desencontros*.

O enfoque do Tribunal, que por vezes pode até, como aqui se verá, aniquilar ou no mínimo diminuir a eficácia da norma de garantia do art. 6.º, §§ 1.º e 3.º, “d”, da Convenção Europeia, tem recebido críticas da doutrina que se mostrou mais atenta. Com efeito, há risco de por conta dos posicionamentos auto-referenciais e pendulares do Tribunal, indicar-se comprometimento com as exceções que a regra protectiva traz em si em detrimento do *standard* de processo equitativo a atingir.

Especificamente no campo do direito probatório e como se tentará provar ao longo deste trabalho, ao que parece o Tribunal Europeu privilegia uma noção *intermediária*, e não, na linguagem de Ubertis, *forte* do contraditório, o que seria caso o *contraditório* existisse — sempre — na formação do elemento de prova, e não já, depois, sobre ele⁽⁸⁾.

Se, como quer Javier Garcia Roca, a actuação judicante do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode, no limite, assemelhar-se à de um Tribunal Constitucional, eis, nos *encontros e desencontros*, um signo de enigmático *judicial self restraint* na abordagem da admissibilidade das questões, com claudicâncias perceptíveis na análise das questões de fundo das matérias, por vezes deixando a descoberto a garantia em questão.

2. A noção autónoma de testemunha e a testemunha anónima, em particular

No cenário europeu, e até em continuação ao primeiro recorte na busca de um *standard* mínimo de aplicação do direito processual penal⁽⁹⁾, cons-

⁽⁸⁾ *Argomenti di procedura penale*. Milão: Giuffrè. 2006, pp. 186/7.

⁽⁹⁾ ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER entende que o Tribunal Europeu confere um “*standard mínimo de direitos fundamentais no devido processo penal europeu*.” (La noción de un proceso penal con todas las garantías. In *Derechos Procesales Fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Centro de Documentación Judicial. *Manuales de Formación Continuada 22* (FAUSTINO GUIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ — coords.) Madrid, 2005, p. 475.

truiu-se o que se chama de *noção autónoma de testemunha*⁽¹⁰⁾, consagrada não só nos precedentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem mas, já também agora, em Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

A Recomendação, Rec (2005) 9, de 20.04.2005, que trata da protecção das testemunhas e dos colaboradores da justiça, define testemunha como “qualquer pessoa que tenha informação relevante ao procedimento criminal e/ou sobre a qual ele/ela seja apto/a a testemunhar (independentemente de seu/sua *status* e de se tratar de testemunho directo ou indirecto, oral ou escrito, de acordo com a lei nacional), que não seja incluído na noção de colaborador da justiça”⁽¹¹⁾.

Nisso, repete-se a construção do conceito autónomo dado pelo Tribunal, em repetidos casos, valendo aqui citar *Delta v. France* (§ 34)⁽¹²⁾, *Isgro v. Italy* (§ 33) e, mais recentemente, *Lucà v. Italy* (§ 41) e *Mirislashvili v. Russia* (§ 158).

Este texto apegar-se à construção autónoma do conceito de testemunha mas, no tratamento que lhe dá o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, segue divisão quadripartida de Stefan Trechsel das excepções à liberdade de confronto testemunhal. Assim, em corte metodológico, trata de duas delas como testemunhas anónimas.

Segundo o acatado autor, há quatro excepções à ampla liberdade da produção de prova testemunhal, a saber: “*primeira*, em casos onde a testemunha não pode ser ouvida ou porque ele ou ela não aparece e não pode ser trazida ao Tribunal; *segunda*, onde há um interesse em manter secreta a identidade da testemunha

⁽¹⁰⁾ IRENEU CABRAL BARRETO lembra que “o termo testemunha, figurando na referida alínea, deve ser compreendido de uma maneira autónoma, podendo ser mais amplo do que o sentido técnico que ao termo testemunha seja dado pela ordem interna, abrangendo os declarantes e os peritos”. (*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3.^a ed., Coimbra: Coimbra. 2005, p. 173). No mesmo sentido, resumidamente, J. E. S. FAWCETT. *The application of the European convention on human rights*. Clarendon Press. Oxford: Oxford, 1987, p. 196.

⁽¹¹⁾ Para a Recomendação, o colaborador da justiça é qualquer pessoa que enfrenta acusações penais ou tenha sido condenado por ter parte em associação criminosa ou outra organização criminal de qualquer tipo, ou em ofensas de crime organizado, mas que concorda em cooperar com as autoridades da justiça criminal, particularmente dando testemunho sobre uma associação criminosa ou organização, ou sobre qualquer ofensa conectada com crime organizado ou outros crimes sérios.

⁽¹²⁾ Neste texto, sempre que o símbolo do parágrafo (§) for indicado, a referência é a seu número, citado em cada precedente, com o que se atenta à metodologia do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

— como por exemplo onde agentes encobertos são envolvidos; *terceira*, onde a testemunha é intimidada pelo acusado ou teme represálias; finalmente, *quarta*, em casos envolvendo vítimas/testemunhas de crimes sexuais que arriscam ser mais traumáticos por confrontos com o alegado autor do crime⁽¹³⁾.

Aqui, abordam-se a segunda e terceira exceções. A primeira delas foge da análise porque redundante em constatação fáctica da impossibilidade da colheita da prova oral em audiência, na presença das partes — e por isso não se liga nem à *igualdade de armas* pois a impossibilidade da produção da prova testemunhal atinge a ambos os sujeitos processuais (persecutor e defendido), e nem traz problemas quanto ao *anonimato testemunhal*. É uma prova impossível de se colher na obediência da regra-matriz e cada legislação em particular possui disciplina específica para tratar da admissibilidade de informações porventura colhidas em fase inquisitorial, i.é., na qual os rigores do processo penal adversarial podem não ser tão claros⁽¹⁴⁾.

A quarta, porque tem a admissibilidade restrita a casos específicos de colheita de depoimento infantil ou em casos de violência sexual onde, diferentemente dos aspectos que serão aqui abordados — de razão estrita ligada ao sucesso da investigação (segunda exceção) ou concreta intimidação à testemunha (terceira) que motivem a limitação do exercício do direito de defesa —, considera-se risco de *revitimização*. É o caso da testemunha *vulnerável*⁽¹⁵⁾.

Nas exceções segunda e terceira, interesse estatal giza o anonimato testemunhal sem que se considere que facticamente esteja ela impossibilitada de depor, e nem que a possibilidade sugira risco de revitimização.

Nelas ainda avulta o *anonimato* testemunhal, tido por Juana Del Carpio Delgado como o meio de prova em que a testemunha “*cuya identidad es desconocida u ocultada al acusado y consecuentemente al público, diferenciándolo así del testigo oculto cuya identidad es conocida por el acusado pero*

⁽¹³⁾ STEFAN TRECHSEL (with the assistance of Sarah J. Summers). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Academy of European Law. European University Institute. Oxford University Press. 2005, p. 312 (tradução nossa).

⁽¹⁴⁾ O que traz problema que foge ao escopo deste trabalho, qual seja a super valorização dos elementos de informação produzidos na primeira fase da persecução penal, quando se difunde a ideia de procedimento escrito, não-público e com limitada participação dos envolvidos — ou, principalmente — do suspeito.

⁽¹⁵⁾ Como decidido, a propósito, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *P.S. v Germany*. As testemunhas vulneráveis foram objecto de atenção, no âmbito europeu, da Recomendação R (97) 13 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 10.09.1997.

prestan su testimonio a través de medios o mecanismos que dificultan el ser vistos por el acusado y el público"⁽¹⁶⁾.

A distinção feita pela autora não é meramente redaccional: como será tratado no texto, enquanto no testemunho *anónimo* a ofensa à regra do processo equitativo e à paridade de armas tem uma conotação intensa⁽¹⁷⁾; no testemunho *oculto*, a ofensa aos postulados da Convenção Europeia é menor pois a pessoa a depor é conhecida do imputado e a cautela que se toma impede, momentaneamente, qualquer interferência na colheita da prova, especificamente no ato em que isso ocorre⁽¹⁸⁾.

Aliás, a Recomendação, Rec (2005) 9, já citada, entende, em sua secção de *definições*, que o "anonimato" "significa que as particularidades identificadoras da testemunha não são geralmente divulgadas à parte oponente ou ao público em geral" e em seu dispositivo 17, trata de medidas que podem, na premissa de dar oportunidade às partes o exercício do direito ao confronto, impedir a identificação da testemunha, tais como gravações audiovisuais dos testemunhos colhidos em fase inquisitorial, mecanismos que impeçam a identificação visual como cortinas, biombos e distorções de voz, videoconferência.

3. Perspectiva da testemunha anónima sob o pano de fundo da paridade de armas

Além disso, a epígrafe do recente julgado da o Tribunal europeu, se por um lado passa em resenha posicionamentos anteriores no que já se nomeia até de *case law* do assunto da prova testemunhal à luz das garantias da Convenção

⁽¹⁶⁾ JUANA DEL CARPIO DELGADO. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc. (Revista Penal n. 19, 2007, p. 37).

⁽¹⁷⁾ DIOGO MALAN lembra que "*dentre todas as hipóteses de restrição ao right of confrontation examinadas neste Capítulo (talvez fora a testemunha ausente), é provável que a testemunha anónima seja aquela que propicia o maior grau de restrição ao direito fundamental em estudo.*" (*ob. cit.*, p. 148).

⁽¹⁸⁾ A distinção entre o *anónimo* e o *oculto* pode ser feita, ressalvadas as transposições de sistema processual penal, ao Brasil, ao se imaginar num caso (testemunho *oculto*) a regra que se aproxime do artigo 217, do Código de Processo Penal — quando um dos envolvidos — testemunha ou, eventualmente, acusado, deixa a sala de audiências; e no outro (*anonimato*), tanto as disposições da Lei 9807/99 quanto, no Estado de São Paulo, os dispositivos da Resolução da Corregedoria do Tribunal de Justiça 32/00.

européia⁽¹⁹⁾, por outro indica a íntima ligação entre a observância da comentada garantia com o postulado da *paridade de armas* no processo penal⁽²⁰⁾.

E assim deve ser até porque a noção de processo equitativo a que o imputado faz jus⁽²¹⁾ tem, nas palavras de Enrique Bacigalupo Zapater, na paridade de armas o “princípio fundamental e estrutural do processo com todas as garantias”⁽²²⁾.

Encontra-se, então, ligada à noção de paridade de armas⁽²³⁾, a dupla

⁽¹⁹⁾ “Pode-se falar em um consistente e bem desenvolvido “case law” do Tribunal na noção de testemunho anónimo” (MALGORZATA WASEK-WIADEREK. *The Principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European Countries. A comparative view.* Leuven Law Series 13. Centre for Advanced Legal Studies. K.U. Leuven. Leuven University Press. 2000, p. 39. tradução nossa).

⁽²⁰⁾ A noção da paridade de armas, como notícia SARAH J. SUMMERS, consolidou-se no Tribunal Europeu a partir de dois precedentes, da década de 60: Ofner and Hopfinger v. Áustria (23.11.1962) e Pataki and Dunshirn v. Áustria (28.03.1963). *ob. cit.*, pp. 106/7. De seu turno, Coral Arangüena Fanego parece apontar como primeiros precedentes na *paridade de armas* no processo penal europeu os casos Neumeister v. Áustria (27.06.1968) e Delcourt v. Bélgica (17.01.1970). Exigências en relación con La prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.d. del CEDH. In *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2.ª ed. JAVIER GARCÍA ROCA e PABLO SANTOLAYA (coords.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2009, p. 455, rodapé 10.

⁽²¹⁾ Art. 6.º Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁽²²⁾ Art. cit., p. 475.

⁽²³⁾ Exactamente no sentido dessa ligação directa: MARIO CHIAVARIO. *Processo e garanzie della persona. II. Le singole garanzie*. 2.ª ed. Milão: Giuffrè. 1982, pp. 163/4. E também ORESTE DOMINIONI. *Le Parti nel Processo Penale. Profili Sistemati e Problemi*. Milão: Giuffrè. 1985, p. 18.

protecção do art. 6.º, § 3.º, “d”, quais sejam: “*Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação*”.

Como adiante se verá, quer da *confrontação* que o acusado — por si ou seu advogado — pode fazer com a testemunha da acusação para dela retirar suas expressões e eventuais contradições para poder com isso efectivar a reacção à imputação⁽²⁴⁾; quer do direito que ele tem de ter as *suas testemunhas ouvidas nas mesmas condições das da acusação*⁽²⁵⁾, insurge a concretização básica do direito de influir — tal qual o órgão da acusação — em paridade de eficácia, na decisão judicial⁽²⁶⁾.

É o que, aqui, se pode atestar pelo tratamento que o Tribunal europeu dá, em conjunto, à *paridade de armas* e à prova testemunhal: “um julgamento justo pressupõe procedimentos adversariais e igualdade de armas; portanto, possíveis falhas no processo de administração da prova devem ser examinadas à luz do art. 6.º, § 1.º”⁽²⁷⁾.

Em síntese do próprio Tribunal, adoptada em recente julgamento, foi dito, com particular pertinência para a ligação entre a *paridade de armas* e a produção da prova, que “de acordo com o princípio da paridade de armas, como uma das características do conceito mais amplo de julgamento justo, a cada parte deve ser oferecida uma razoável oportunidade para apresentar seu caso sob condições que não a coloque em substancial desvantagem face a face com seu oponente. O Tribunal reitera que para garantir que o acusado receba um

⁽²⁴⁾ Como foi decidido em Kostovsky.

⁽²⁵⁾ Como se decidiu em Vidal v. Bélgica. (application 12351/86, j. 22.04.1992).

⁽²⁶⁾ ZAPATER: “*tanto la acusación como la defensa y el acusado deben contar con igualdad de posibilidades, de tal manera que el acusado no sea perjudicado en relación a la acusación, sobre todo en lo concerniente a la citación de testigos o peritos, al ofrecimiento de prueba y al interrogatorio de los testigos de cargo o de descargo.*” (Art. cit., p. 475). Entusiasmadamente, GIUSEPPE GUARNERI: “*Ne deriverà un vivace contraddittorio, con una difesa libera e piena, che non avrà per antagonisti un quasi-giudice, con tutto il complesso di inferiorità che trae dietro l’idea di un avversario, che sarebbe tale solo formalmente, ma che in realtà sarebbe un organo di giustizia posto su un piano di supremazia, circonfuso dell’aureola — forzatamente finta — dell’imparzialità derivante dalla “rappresentanza della legge”, bensì si troverà contro un competitore combattente ad armi uguali.*” (Le Parti nel Processo Penale. Milão: Fratelli Bocca, 1949, p. 145).

⁽²⁷⁾ *Mirilashvili v. Russia*, § 157 (tradução nossa).

juízo justo quaisquer dificuldades causadas à defesa por uma limitação em seus direitos devem ser suficientemente contra-balanceadas por procedimentos seguidos por autoridades judiciais”⁽²⁸⁾.

O processo penal, em linguagem preocupada com o *processo equitativo*, não é jogo em que os participantes não determinam a própria sorte. Ao contrário: ambos — acusação e defesa —, dado o processo adversarial, em paridade de oportunidades argumentativas, travam duelo em regra⁽²⁹⁾ com as mesmas armas a fim de tentar convencer o magistrado do acerto de uma ou outra tese.

Adoptadas a indissociabilidade da *igualdade de armas* à produção probatória em sistema adversarial, como dito pelo próprio Tribunal, a partir da necessidade que o primeiro princípio impõe de que uma parte não sofra desvantagens na argumentação quando comparada com a adversa com vistas à obtenção de decisão judicial, fica nítido o acerto das posições no sentido de que *igualdade de armas* é elemento intrínseco do *processo equitativo* imaginado pelas garantias do art. 6.º da Convenção Europeia⁽³⁰⁾.

4. Europa: a caminho de um direito processual penal adversarial comum

Como dito acima, cogita-se da busca de um *standard* do processo penal europeu, pautado na noção de processo equitativo. Essa consideração supera a tormentosa separação conceitual de processo penal de característica *acusatória* daquele outro, o *inquisitório*. A propósito, Giulio Ubertis lembra que no âmbito da comunidade internacional e com ênfase no respeito aos parâmetros de direitos humanos no processo penal, remontar-se àquela rígida e antiga classificação chega a ser supérfluo e inútil⁽³¹⁾.

Como contudo, e também de acordo com o já avisado, o Tribunal Europeu se depara com dificuldade para a harmonização da matéria conforme as variações de cada sistema jurídico específico e também porque, como se sabe do desenvolvimento particularizado de cada sistema, aspectos de modelos

⁽²⁸⁾ *Górny v. Poland*, § 32 (tradução nossa).

⁽²⁹⁾ Em regra porque se sabe possuir a acusação o aparato estatal em seu favor mesmo antes de iniciada a fase judicial da persecução, em caso de medidas cautelares (sejam pessoais ou reais) a *disparidade* de armas é flagrante. Como tal não é (ou não *deveria ser*) a regra, desse aspecto aqui não se cuidará.

⁽³⁰⁾ O que fica claro, também, em *Bulfinsky v. Romania*, §§ 40 e ss.

⁽³¹⁾ *Argomenti di Procedura Penale. II*. Milão: Giuffrè. 2006, p. 5.

acusatórios têm convivido, actualmente, com previsões de modelo *inquisitório* (como dão prova os modelos conhecidos de procedimento bifásico, com prevalência ora *secreta e escrita*, ora *pública e oral* e, cada vez mais, as previsões de meios de pesquisa de prova⁽³²⁾, uma breve abordagem crítica é necessária para que se possa situar no tema com maior segurança.

Além de a separação entre sistema *acusatório* e *inquisitório* trazer em si nítida carga ideológica como deixa claro Montero Aroca ao lembrar que ao se pensar no rótulo “acusatório” a associação é de algo “bom” enquanto que à noção de “inquisitório” se associa algo “mal”⁽³³⁾, as categorizações tendem a ser a um tempo tão esquemáticas quanto impenetráveis uma pela outra, o que pode inutilizar até sua classificação para fins de desenvolvimento científico⁽³⁴⁾.

Nota-se inclusive confusão conceitual entre processo penal *acusatório* e processo penal *adversarial*⁽³⁵⁾, quer no que entre eles por vezes se toma

⁽³²⁾ Diligências tomadas com base no elemento *surpresa* não submetidas a contraditório prévio e efectuadas até mesmo por agentes administrativos e não pelos envolvidos directos na persecução penal, com vistas a identificar possíveis fontes de prova a serem, depois, introduzidas no processo por meio dos correspondentes meios de prova.

⁽³³⁾ Principio acusatório y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político. In *Prueba y Proceso Penal. Análises especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (JUAN LUIZ COLOMER — org.). Valencia: Tirant lo Blanch. 2008, p. 42. Jacinto de Miranda Coutinho diz ser uma opção política prever que a introdução das provas no processo seja feita pelo juiz, como se dá no sistema inquisitório, ou que isso se faça pelas partes, como se vê no acusatório. (Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In *Revista de Informação legislativa* n. 183, Edição Especial. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília. Julho-Setembro de 2009, p. 109). O renomado professor toma uma característica do sistema *adversarial* — a gestão da prova pelas partes; como se inata ao sistema *acusatório* ela fosse.

⁽³⁴⁾ MAURO FONSECA ANDRADE aponta que “de dez autores consultados, dez apresentarão conceitos diferentes para os sistemas acusatório, inquisitivo e misto”. (O sistema acusatório proposto no projecto do novo *codex* penal adjectivo. In *Revista de Informação Legislativa*. cit., p. 168).

⁽³⁵⁾ Enquanto Damaška pontua a “actividade processual gémea” entre acusação e defesa, com igualdade de armas e perante um juiz passivo como inata ao sistema *adversarial*, que arranca raízes do modelo *Common Law* (*Evidence Law Adrift*, Yale University Press. New Haven & London. 1997, pp. 74 e ss. — tradução nossa), Lorena Bachmaier Winter entende que exactamente essas características matizam o

por características, quer no que se tenta, a partir de ambos, estremar do sistema *inquisitório*. Emblematicamente, Richard Vogler desenvolve longa argumentação histórica e espacial para separar os dois sistemas processuais penais mas acaba por concluir serem características do sistema *adversarial* exactamente essas: “juicio oral, público y abierto”⁽³⁶⁾. O exemplo do autor é pertinente porque é lido, exemplificativamente no Brasil, por ninguém menos que Geraldo Prado, que toma essa tríplice característica (oralidade, publicidade e abertura às partes) como características não do sistema *adversarial*, mas do *acusatório*⁽³⁷⁾.

Sistema *acusatório* não é sinónimo de sistema *adversarial*.

O primeiro deles, como diz Sarah J. Summers em didáctica lição, remonta a uma *trindade*: juiz, acusador e imputado, cada qual com função processual específica, inconfundível, reservada e respeitada. O desenvolvimento histórico, a partir da alta Idade Média sobretudo, justifica a colocação dessas características como suas principais⁽³⁸⁾: ao se vedar a perseguição penal privada e se imaginar figura oficial para se desincumbir de tal função, necessariamente se imagina a separação funcional no plano dos sujeitos do processo.

A construção algo religiosa da autora possibilita, até mesmo da sacralidade das respectivas posições processuais de cada envolvido, ver no processo penal acusatório um legítimo processo *de partes* (traço que, pelas pesquisas dos autores, poderia no limite aproximar um sistema do outro na actualidade), em que como pontuado por ela, “os julgamentos devem ser imparcialmente efectuados e tanto a defesa quanto a acusação devem ter a oportunidade de convencer o Tribunal de sua posição”⁽³⁹⁾.

que ela toma por *acusatório*, lastreado no modelo europeu-continental de processo penal (Acusatório *versus* Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal, in *Proceso Penal y sistemas acusatorios*. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2008, pp. 30 e ss.). Na mesma obra, GIULIO ILLUMINATI separa o que indica o sistema como *acusatório* do *adversarial* (El sistema acusatorio en Italia, *ob. cit.*, p. 158).

⁽³⁶⁾ RICHARD VOGLER. El Sistema Acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. *Ob. cit.*, pp. 177 e ss.

⁽³⁷⁾ Sistema Acusatório. *A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, item 3.2.3.

⁽³⁸⁾ Abordagem histórica do processo penal acusatório pode ser vista no trabalho conjunto de DIOGO MALAN e MARTA SAAD. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 842, dez. 2005, pp. 413/36.

⁽³⁹⁾ SARAH J. SUMMERS. *ob. cit.*, p. 27 (tradução nossa).

Didacticamente, a noção de sistema acusatório remonta à separação de funções do *jugador* (quem julga não acusa nem defende), *acusador* (aquele que acusa não julga) e *defensor* (a ele incumbe a tarefa de defender a presunção da inocência).

Por outro lado, como aponta Damaška, no sistema adversarial, enquanto prevalece uma passividade judicial, o controle do objecto do processo é das partes, que travam duelo entre si em pé de igualdade com vistas a apresentar cada um sua prova para atingir o convencimento do julgador⁽⁴⁰⁾.

Como elementos essenciais do processo adversarial surgem, na lembrança de Diogo Malan, (i) julgador neutro e passivo; (ii) iniciativa instrutória das partes processuais; (iii) ambiente forense altamente estruturado⁽⁴¹⁾. Para esse autor, com o qual aqui se concorda, não se deve “*extrair a fórceps os conceitos de processo penal adversarial e non-adversarial da sobredita classificação tripartida (acusatório, inquisitório e misto), máxime no bojo de estudo comparativo entre as características gerais dos sistemas processuais penais da common law e da família romano-germânica*”⁽⁴²⁾.

O sistema *adversarial* amparado historicamente na precariedade do direito escrito possibilitou, paradoxalmente, a riqueza dos entendimentos de precedentes cujas lições hoje já se mesclam ao modelo acusatório. Basta pensar, para exemplificar, quão difundidas estão, hoje em dia, as noções de regras de *exclusão probatória* e de *privilégios* imaginados aos imputados e tantas outras⁽⁴³⁾.

Na verdade, conquanto a matriz do modelo homogeneizador europeu no que tange à gestão da prova e ao direito que o imputado tem de se confrontar com as testemunhas que lhe sejam contrárias e de trazer ao Tribunal as suas próprias para estruturar a reacção defensiva seja claramente *adversarial* (a própria ideia de *processo equitativo* remonta ao conceito de *devido processo legal* e seu desenvolvimento pelo direito anglo-americano, e não ao direito

⁽⁴⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 74.

⁽⁴¹⁾ *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 18/9.

⁽⁴²⁾ *Ob. cit.*, p. 18 — acrescentamos nos parênteses.

⁽⁴³⁾ Plasmadas, como se sabe, nas 4.^a, 5.^a e 6.^a emendas da Constituição dos Estados Unidos. A última delas, aliás, que traz a regra do direito ao confronto no processo penal, é tomada por AKHIL REED AMAR como o *coração do processo penal constitucional*. (*The Constitution and Criminal Procedure. First Principles*. Yale University Press. New Haven and London. 1997, p. 89).

codificado continental em que prevaleceu a construção acusatorial⁽⁴⁴⁾, não é o rótulo classificatório que chama a atenção quando se vê o desenvolvimento da matéria na Europa. O enfoque não é o dos sistemas auto-excludentes mas, como já se falou acima, o da *homogeneização dos standards*, ainda que as matrizes não se confundam.

É isso o que, com ou sem as nuances acima indicadas quanto à tipificação dos sistemas, prepondera em todos os autores que se debruçaram sobre o delineamento que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá à noção de *processo equitativo*. Por isso se notam vozes como a de Lorena Bachmaier (*é chegada a hora de superar a dicotomia acusatório versus inquisitivo*⁽⁴⁵⁾), e a de Nico Jörg, Stewart Field e Chrisje Brants (*de um ângulo comparativo, a intrigante questão cresce onde os sistemas legais dos modelos continental e de common Law — usualmente retratados como diametralmente opostos — estão gradualmente convergindo*)⁽⁴⁶⁾.

O ideal de direito processual penal comum se coloca sob todos os aspectos, e não mais se discute que “os direitos de defesa, inscritos no art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, são considerados princípio fundamental da ordem jurídica comunitária”⁽⁴⁷⁾.

E é a partir desse prisma que o comportamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é, por um lado motivador da propalada uniformidade processual penal a se buscar e por outro questionável no plano da protecção das garantias processuais. Em matéria de anonimato testemunhal, a partir das duas excepções acima indicadas, é um misto de *encontros e desencontros*.

5. O anonimato testemunhal: critérios de admissibilidade e de julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

É possível, no *case law* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ver alguns traços marcantes de seu comportamento judicial. A partir da uni-

⁽⁴⁴⁾ JOHN H. LANGBEIN. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford Studies in Modern Legal History. Oxford University Press. 2005.

⁽⁴⁵⁾ BACHMAIER WINTER, art. cit., p. 47.

⁽⁴⁶⁾ Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging? In CHRISTOPHER HARDING, PHIL FENNELL, NICO JÖRG, BERT SWART. *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*. Clarendon Press. Oxford. 1995 (reprinted 2002), p. 41.

⁽⁴⁷⁾ MIREILLE DELMAS-MARTY. *Por um direito comum*. Trad. MARIA ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO GALVÃO. São Paulo: Martins Fontes. 2004, p. 262.

formidade na forma com que o Tribunal se debruça sobre a matéria da testemunha anónima (ainda que, como acima se viu e abaixo se verá, nem sempre a consequência seja a mesma a partir da abordagem idêntica no início), pode-se, na sequência, indicar aspectos críticos que acabam por diminuir a eficácia das normas de garantia do processo equitativo.

Aos critérios estabelecidos.

5.1. A abordagem do Tribunal: o *judicial self-restraint* quanto à *admissibilidade* da prova como ponto de partida

Percebe-se postura refractária do Tribunal quanto à análise da *admissibilidade* da testemunha anónima no plano das normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como se vê, por exemplo, no julgamento do caso *Kostovsky*: “deve ser determinado no início que a admissibilidade da prova é primeiramente uma questão de regulação pela lei nacional. Novamente, como regra geral é para os Tribunais nacionais assessorem as provas perante elas”⁽⁴⁸⁾.

Tal aproximação, que de uma maneira apriorística afasta o Tribunal da análise da *admissibilidade* do meio de prova, é repetida em todos os casos que puderam ser analisados neste trabalho e vem, frequentemente, acompanhada de outra consideração importante para a matéria probatória, qual seja, a lembrança de que o Tribunal não analisa, quando provocada, a regra probatória em si, mas o processo penal como um todo para daí aquilatar se houve ou não *processo equitativo*.

Foi isso o que disse, entre tantos outros casos, em *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*: “como regra geral é para os Tribunais nacionais, e particularmente para o Tribunal de primeira instância, assessor a prova ante ela e também a relevância da prova que o acusado quer aduzir. O Tribunal deve, entretanto, determinar — e nisso concorda com a Comissão — se os procedimentos considerados como um todo, incluindo a forma na qual as provas da acusação e da defesa foram colhidas, foram justas como requerido pelo artigo 6.º, § 1.º”⁽⁴⁹⁾.

A mesmíssima abordagem (não se analisa a *admissibilidade* da prova, pois isso é — diz o Tribunal — tarefa para os tribunais nacionais; e nem tampouco se *valora* a prova isoladamente do restante do caso julgado, mas

⁽⁴⁸⁾ *Kostovsky v. the Netherlands*, § 39. tradução nossa.

⁽⁴⁹⁾ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, § 68 (tradução nossa).

se vê a ocorrência ou não da violação a partir do caso como *um todo*) foi feita, exemplificativamente, nos seguintes casos: *Delta v. France* (§ 35), *Isgrò v. Italy* (§ 31), *Lüdi v. Switzerland* (§ 43), *Saidi v. France* (§ 43), *Doorson v. The Netherlands* (§ 67), *Van Mechelen v. the Netherlands* (§ 50), *Lucà v. Italy* (§ 38), *P.S. v. Germany* (§ 19), *Ramanauskas v. Lithuania* (§ 52), *Taxquet v. Belgium* (§ 57), *Georgievski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (§ 47), *Mirilashvili v. Russia* (§ 156), *Bulfinsky v. Romania* (§ 40).

A partir da análise da abordagem do Tribunal, indicada pela repetição de suas passagens que inclusive não poucas vezes são literalmente iguais, pode-se diagnosticar duas importantes características de actuação.

A primeira tem a ver com a dificuldade já tratada de se *homogeneizar* o processo penal europeu, e parece motivar a cautela do Tribunal na análise da *admissibilidade* do meio de prova como *abordagem inicial* do problema. E por essa primeira característica, o Tribunal não veda, aprioristicamente, o uso do testemunho anónimo como meio de prova, pois diz, textualmente, que a Convenção não exclui a confiança, no estágio de investigações, de fontes como informantes anónimos. Seu uso não é sobre todas as circunstâncias incompatível com a Convenção⁽⁵⁰⁾.

Além dos precedentes que poderiam ser citados à exaustão, também a Recomendação, Rec (2005) 9, aqui já referida, respalda o entendimento de que, aprioristicamente, prevalece o entendimento de que não seria vedado o uso do anonimato testemunhal como meio de prova ou meio de informação.

A segunda, que também tem que ver com o ideal de se *homogeneizar* o processo penal europeu, trata de perspectiva distinta na medida em que o Tribunal, conquanto de saída não trate da *admissibilidade* do meio de prova, consegue identificar a *valoração* que dele se faz por parte das autoridades judiciárias de cada país membro da Convenção europeia, com vistas à obediência ou não do processo equitativo.

Essa segunda observação traz consequência que desperta melhor percepção não só porque separa a *admissibilidade* (do elemento de prova) da *valoração* que sobre ele se faz com base na distinção entre dificuldade inicial e

⁽⁵⁰⁾ Em *Doorson*, § 69, foi dito: "*the Convention does not preclude reliance, at the investigation stage, on sources such as anonymous informants. (...) such use is not under all circumstances incompatible with the Convention.*" O mesmo entendimento foi repetido, entre outros, em *Van Mechelen* (§ 52), *Windisch* (§ 30), *Ramanauskas* (§ 53), *Taal v. Estonia* (§ 31), *Mirilashvili v. Russia* (§ 216).

escopo final do processo penal comum europeu, mas também porque desnuda outra fundamental característica do comportamento do Tribunal: ao apreciar o processo como um todo (“*as a whole*”) para fins de ver a incidência ou não das regras de processo equitativo, corre-se o risco de minimizar eventual ofensa específica à regra da produção probatória com base em critérios distintos⁽⁵¹⁾. A duplicidade dos critérios chama atenção, em suma, não só porque *valora* a prova que aprioristicamente não teve a *admissibilidade* questionada para, ocasionalmente tomá-la por ilegítima à luz da regra convencional (art. 6.º, § 3.º, “d”), e também porque escapa de analisar, pontualmente, razão da desobediência do *standard* mínimo de processo penal equitativo. Disso se falará abaixo.

5.2. O sistema *adversarial* e o contraditório posterior

Nota-se também, na justificativa inicial que o Tribunal dá, ao mesmo tempo, para não analisar a *admissibilidade* do meio de prova e para, por isso mesmo, admiti-lo *a priori* como consentâneo com as normas da Convenção, uma repetição no argumento do contraditório como elemento indissociável do sistema *adversarial* da produção da prova.

É emblemático que, sempre, em parágrafos imediatamente posteriores (ou até no mesmo, às vezes) àqueles em que o Tribunal enfrenta a questão da *admissibilidade* da prova, trate de sua *produção*.

Assim, por exemplo, lê-se em *Kostovsky*, em seu § 41: “em princípio, toda a prova deve ser produzida na presença do acusado em uma audiência pública com uma vista para o argumento *adversarial*. Isso não significa, contudo, que para ser usado como prova os depoimentos das testemunhas devam sempre ser feitos numa audiência pública no Tribunal: usar tais depoimentos como prova obtida na fase pré-judicial não é em si mesmo inconsistente com os §§ 3 (d) e 1 do artigo 6, desde que os direitos da defesa tenham sido respeitados. Como regra, esses direitos requerem que a um acusado deva ser dada uma adequada e própria oportunidade de desafiar e questionar uma tes-

⁽⁵¹⁾ Pela pesquisa feita, parece excepcional e elogiável a análise feita pelo Tribunal em *Mirilashvili*, que reconheceu que, conquanto se privilegie a análise “*as a whole*” da questão suscitada, “a Corte tem, contudo, que estabelecer se a forma como a prova foi colhida foi justa. Por isso, o princípio da “justiça” requer que toda a prova deve normalmente ser produzida na presença do acusado em uma audiência pública com uma visão de argumento *adversarial*.” (§ 162, tradução nossa).

temunha contrária, ou no tempo em que a testemunha esteja dando o depoimento ou em algum estágio posterior do procedimento”⁽⁵²⁾.

O entendimento foi repetido em *Delta v. France* (§ 36), *Isgrò v. Italy* (§ 34), *Lüdi v. Switzerland* (§ 47), *Saidi v. France* (§ 43), *Van Mechelen v. The Netherlands* (§ 51), *Lucà v. Italy* (§ 39), *P.S. v. Germany* (§ 21), *Birutis and Others v. Lithuania* (§ 28), *Taal v. Estonia* (§31), *Taxquet v. Belgium* (§ 58), *Mirilashvili v. Russia* (§ 163).

A posição (notadamente auto-referencial) do Tribunal tem o respaldo, uma vez mais, do Conselho de Ministros da Europa, pois no item 17 da Recomendação (2005) 9 se listam medidas imaginadas para dar às partes as oportunidades para confrontar a prova oferecida por uma testemunha ou colaborador da justiça, com a preservação do sigilo da identidade da fonte de prova.

A crítica, que será feita em mais detalhes abaixo, mas que já foi de certa forma antecipada na passagem de *Ubertis* acima (da distinção entre noção *forte e fraca* de contraditório ou, caso se prefira, contraditório *na* formação da prova e contraditório *sobre* a prova já introduzida no processo), reside na problemática confrontação a ser dada depois de o elemento de prova já ter sido introduzido no processo. E se, a partir disso, algum mecanismo de balanceamento poderá manter o processo sob o rótulo de *equitativo*, no que se antecipa, no trabalho, resposta pela negativa.

Já tratados de como o Tribunal vê não só a *admissibilidade* do meio de prova perante a Convenção e como, em o tomando por excepcional, dele trata com anunciada cautela quanto ao aspecto *adversarial* da produção probatória, é tempo de serem vistos os *critérios* — agora sim — de valoração do anonimato testemunhal.

5.3. Critério do “*sole or decisive extent*”

É desenvolvido no *case law* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem critério segundo o qual — vale lembrar que o Tribunal empreende análise do anonimato testemunhal não de forma isolada mas à luz do caso *as a whole* — somente em situações em que a eventual condenação do imputado tenha decorrido exclusivamente ou de maneira preponderante, de testemunho anónimo (ou, de forma geral, de testemunho que foi prestado de forma a impedir

⁽⁵²⁾ Tradução nossa.

o exercício do direito ao confronto), reconhece-se violação ao art. 6.º, § 3.º, “d”, da Convenção europeia.

Em exemplo emblemático, disse o Tribunal em *Mirilashvili*, que “não haverá violação se a testemunha não questionada em procedimentos adversariais não for uma testemunha “chave”, isto é, se a condenação não é baseada somente ou em uma medida decisiva em seu depoimento”⁽⁵³⁾.

Eis o critério do *sole or decisive extent*, que se aponta ter sido desenvolvido a partir do caso *Doorson v. The Netherlands*, quando o Tribunal trabalhou com a seguinte ideia: “mesmo quando ‘contra-balanceadores’ procedimentos são descobertos para compensar suficientemente as deficiências nas quais a defesa trabalha, a condenação não deve se basear nem somente e nem de uma medida decisiva em testemunhos anônimos”⁽⁵⁴⁾.

Entre outros casos, o aludido critério foi repetido nos julgamentos dos casos *Windisch v. Austria* (§ 31), *Birutis v. Lithuania* (§ 29) e *Taal v. Estonia* (§ 31). Em *P.S. v. Germany*, o aludido critério foi relembado da seguinte maneira: “onde a condenação é baseada somente ou em um grau decisivo em depoimentos que tenham sido feitos por pessoa com relação a quem o acusado não tenha tido a oportunidade de examinar ou ter examinado, seja durante a investigação ou no julgamento, os direitos da defesa são restringidos numa medida tal que é incompatível com as garantias providas pelo artigo 6.º”⁽⁵⁵⁾.

Ao assumir, como parte importante de seus precedentes como chave da tomada de decisões, o critério do *sole or decisive extent*, o Tribunal, se por um lado mantém a coerência da premissa de analisar as violações não isoladamente mas à luz do caso como um todo, por outro, ao que parece, propicia uma crítica quanto à diminuta aplicação das regras de garantia. É que, como aqui se objecta, acaba privilegiar-se uma noção privatística de *utile per inutile, non vitatur*, isto é: o vício sana-se no contexto geral a partir da constatação de que houve procedimentos lícitos que a ele se sobrepuseram; e tira-se o foco da protecção específica à norma convencional aqui analisada (art. 6.º, § 3.º, “d”). Abaixo falar-se-á disso.

Em *Lüdi v. Switzerland*, a falibilidade do critério *sole or decisive extent* foi colocada à prova pois naquele caso o interrogatório do investigado, permeado por uma confissão, decorreu única e exclusivamente dos elementos de

⁽⁵³⁾ § 164 (tradução nossa).

⁽⁵⁴⁾ *Doorson v. the Netherlands*, application 20524/92, j. 26.03.96 (§ 76, tradução nossa).

⁽⁵⁵⁾ § 24 (tradução nossa).

