

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 Stanzola 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.

Dai 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. Análisis 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 relembrado 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).

informação produzidos pelo agente infiltrado (ali alcunhado de *Toni*) que não só documentou o que conhecia às autoridades suíças como também, valendo-se dessa condição — de *undercover agent* — instalou equipamentos na residência do imputado que municiaram a interceptação telefônica. Ironicamente, como tinham dito as autoridades suíças, a condenação do imputado não se baseava somente nos elementos de informação produzidos pelo agente, mas também na suposta confissão do imputado. E, para concluir pela violação às regras básicas do processo equitativo, não pôde o Tribunal se valer do critério *sole or decisive extent*.

Da mesma forma, e também a evidenciar a superficialidade e, portanto, insuficiência de convencimento deste critério, em *Kostovsky v. The Netherlands*, conquanto duas testemunhas anónimas tivessem sido ouvidas só na fase inquisitorial e nenhuma delas em juízo, a decisão condenatória tinha sido mantida porque os tais testemunhos anónimos guardavam, entre si, consonância.

Em momento algum dos dois últimos casos indicados, como justamente reprovado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, puderam os imputados (*Lüdi* num caso e *Kostovsky* no outro) se confrontar com qualquer das testemunhas; e por isso como acertadamente se decidiu em *Kostovsky* (em *ratio decidendi* quem nem de muito longe leva em conta o critério *sole or decisive*), “se a defesa não tem ciência da identidade da pessoa para quem dirige a pergunta, pode ser privada de particularidades que possibilitam a demonstração de que ele ou ela tem preconceção, é hostil ou inconfiável. Testemunho ou outras declarações que inculcam um acusado podem ser muito bem apontadas como inficéis ou simplesmente equivocadas e a defesa dificilmente poderá trazer isso à luz se lhe faltar a informação que permita testar a confiabilidade do autor da prova testemunhal ou colocar em dúvida sua credibilidade. Os perigos inerentes a essa situação são óbvios. (...) O direito de uma justa administração da justiça é tão proeminente na sociedade democrática que não pode ser sacrificado por conveniência”⁽⁵⁶⁾.

Finalmente, em *Birutis and Others v. Lithuania*, motivado por rebelião ocorrida em cadeia local na qual três imputados foram condenados, respectivamente, com base em 17, 19 e 6 testemunhos anónimos — testemunhos esses provavelmente advindos de outros presos na mesma cadeia em que houve a rebelião — conquanto o Tribunal europeu tenha reconhecido que para um dos aplicantes os testemunhos anónimos tenham sido determinantes e por isso

⁽⁵⁶⁾ § 42 (tradução nossa).

reconheceu o vício em face do art. 6.º, § 3.º, “d”, da Convenção e para os outros dois, não, ainda assim ultrapassou-se o critério para os últimos exatamente por não ter sido conferida a qualquer deles a possibilidade de se confrontarem com tais testemunhas⁽⁵⁷⁾.

Este último caso é, também, prova de que o critério é, como decorrência do outro, qual seja, o da análise do caso como um todo e não da violação de forma isolada, *data venia*, falho e propiciador de interpretações que aniquilam a eficácia da norma de garantia do art. 6.º, § 3.º, “d”, da Convenção.

Ainda assim, como se vê da Recomendação (2005) 9, do Conselho de Ministros da Europa, é prestigiado como mecanismo apto a evitar a fundamentação de condenações amparadas em produção de prova testemunhal⁽⁵⁸⁾.

5.4. Medidas de contra-balanceamento

Os precedentes de *Doorson v. The Netherlands* e de *Van Mechelen v. Netherlands* são especificamente, aqui, importantes, cada um sob um aspecto.

O primeiro traz à luz a difícil discussão sobre eventual sopesamento do interesse da defesa em cotejo com o interesse da testemunha de ver resguardada, por política pública de membro da Comunidade Europeia, direitos tais como liberdade, vida e segurança (§ 70), em entendimento que já ecoa, inclusive, no âmbito da Recomendação (2005) 9 do Conselho de Ministros⁽⁵⁹⁾.

O segundo traz à discussão outra ideia de *balanceamento*, centrada no direito de defesa fragilizado com a impossibilidade de se confrontar com a testemunha anónima. Exemplos de ideias de contra-balanceamento, naquele julgamento — por paradoxal que pareça, pois a maioria dos juízes entendeu ter havido ali violação ao art. 6.º, § 3.º, “d” — podem ser lidos no voto vencido do juiz Van Dijk.

O julgamento do caso *P.S. v. Germany* exemplifica como as ideias de balanceamento (dos direitos do imputado quando cotejados com os das testemunhas e de aferição de medidas alternativas ao exercício do confronto para que a defesa

⁽⁵⁷⁾ *Birutis and others v. Lithuania*, §§ 32 e 33.

⁽⁵⁸⁾ Art. 21. *When anonymity has been granted, the conviction should not be based, solely or to a decisive extent, on the evidence provided by anonymous witnesses.*

⁽⁵⁹⁾ Item 16 — “procedural rules aimed at the protection of witnesses and collaborators of justice should ensure that the balance necessary in a democratic society is maintained between the prevention of crime, the needs of the victims and witnesses and the safeguarding of the right to a fair trial”.

não fique fragilizada em persecuções penais com elementos de provas decorrentes de anonimato testemunhal) e processo equitativo vêm em conjunto.

Ali se lê: “em casos apropriados, princípios do *fair trial* requerem que os interesses da defesa sejam balanceados contra aqueles das testemunhas ou vítimas chamadas a testemunhar, em particular quando vida, liberdade ou segurança das pessoas estiver no caso, ou interesses que venham geralmente no âmbito do artigo 8.º da Convenção. Contudo, só são admitidas medidas que restrinjam os direitos da defesa que sejam estritamente necessárias e permitidas sob o artigo 6.º Além disso, para assegurar que o acusado receba um *fair trial*, quaisquer dificuldades causadas para a defesa por uma limitação nos direitos devem ser suficientemente contra-balanceadas pelos procedimentos em função das autoridades judiciais”⁽⁶⁰⁾.

Em *Birutis and others v. Lithuania* se lê conjuntamente a necessidade de medidas de contra-balanceamento para que a defesa não fique alijada da possibilidade de testar a confiabilidade da testemunha anónima e a exigência de que a condenação não seja baseada única ou preponderantemente nos depoimentos anónimos (§ 52). A mesma soma de factores — não sem a explícita conexão, para se chegar a um processo equitativo, com a paridade de armas — foi atingida pelo Tribunal, mais recentemente, em *Górny v. Poland* (§ 32).

Mais uma vez a jurisprudência do Tribunal ecoou no Conselho de Ministros, e as lições dos precedentes constam nos itens 18 a 21 da Recomendação (2005) 9, na tentativa de balancear “as necessidades da justiça criminal” e “os direitos das partes”, com crença de que, em assim sendo, continua-se a oferecer ao imputado a possibilidade de enfrentar a testemunha anónima para dela aquilatar sua credibilidade e o conhecimento dos fatos.

6. Apontamentos críticos

É possível, a partir da percepção do comportamento do Tribunal, alvitrar algumas críticas ao posicionamento jurisprudencial que no nosso sentir pode comprometer a eficácia da norma protectora do art. 6.º, § 3.º, “d”, da Convenção.

Um primeiro questionamento se faz quanto à *abordagem inicial* do problema, e os demais, quanto ao tipo de análise que é levada caso a caso para determinar-se haver ou não, na visão do Tribunal, violação. Cá estamos, de novo, em *encontros e desencontros*.

⁽⁶⁰⁾ § 22 (tradução nossa).

6.1. O ponto de partida: *self-restraint* e margem de apreciação nacional

Acima, quando se tratou da abordagem inicial que o Tribunal faz dos casos que lhes são submetidos em matéria de anonimato testemunhal, foi dito que a postura se configura como *judicial self-restraint* porque, de saída, o Tribunal europeu não avalia a *admissibilidade* de tais meios de prova, deixando-os para a livre conformação legislativa de cada Estado.

O diagnóstico também é feito por Javier Garcia Roca a partir de análise de outras decisões do Tribunal aptas a exemplificar (como aqui), como o uso de um instrumento de “geometria variável” como o da margem de apreciação nacional, tomada por ele como cláusula “demasiado imprecisa y discrecional”⁽⁶¹⁾, gera a semelhança com exemplos de *judicial self-restraint*⁽⁶²⁾.

Se essa abordagem é admissível, pede-se licença para lembrar o que já se teve a oportunidade de dizer com olhos específicos para a atuação jurisdicional no âmbito das proteções de direitos individuais: “noções como activismo judicial e autocontenção judicial, mais do que passes de mágica para justificar e com isso condicionar um ou outro tipo de actuação jurisdicional, ou mesmo motivar estudo académico detalhado, servem para modelar o Tribunal quanto a seus limites no regime democrático”⁽⁶³⁾.

Eis, então, no caso da vedação apriorística do Tribunal de se imiscuir na questão da *admissibilidade* do elemento de prova testemunhal anónima, exemplo de aplicação da doutrina da *margem de apreciação nacional*, com diz Coral Arangüena Fanego.

Para a autora, a partir da análise das decisões do Tribunal na matéria, “a doutrina do TEDH sobre este ponto parte da base do reconhecimento no sis-

⁽⁶¹⁾ Idem. *ibidem*. p. 142.

⁽⁶²⁾ *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía y integración*. Uned. Teoría y realidad constitucional. 20, 2007, p. 125. Em outro estudo, o professor de direito constitucional da Faculdade Complutense de Madrid lembra a *judicial self-restraint*, tal qual estudada no âmbito específico do direito constitucional, mas não aplaude a similitude com a margem de *apreciação nacional* vista como critérios de decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como “autocontenção e prudência judiciais”. (El Preámbulo Contexto Hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo. In *La Europa de los Derechos*. cit., p. 40.)

⁽⁶³⁾ RENATO STANZIOLA VIEIRA. *Jurisdição Constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar 2008, p. 272.

tema da Convenção de uma ampla margem de apreciação por parte das autoridades nacionais sobre a oportunidade e necessidade de convocar os testemunhos da defesa, em atenção à forma em que dito testemunho pode contribuir para estabelecer a verdade dos fatos incriminados”⁽⁶⁴⁾.

Parece que deixar a *admissibilidade* do elemento de prova ao critério de cada sistema processual penal não propicia uma abordagem inicial comprometida com as normas de garantia da Convenção; e está longe de caminhar para uma uniformização das regras do processo penal equitativo — particularmente no ponto da *admissibilidade* e da *valoração* dos elementos de prova.

Quer porque a *admissibilidade*, em si mesma, pode ferir o parâmetro comum do art. 6.º, § 3.º, “d”, da Convenção (o próprio posicionamento aqui resenhado do Tribunal indica que a mera *admissão* do anonimato testemunhal viola o preceito da paridade de armas entre defesa e acusação no direito comum adversarial almejado pela Europa e, particularmente, o direito do imputado de confrontar-se com as testemunhas de acusação — pois não fosse assim não se cogitaria, nos próprios precedentes, de medidas *contra-balanceadoras*); quer, como se viu acima de novo pelo comportamento do Tribunal, conquanto seja *deferente* às legislações nacionais em princípio (*margem de apreciação nacional*), na medida em que analisa a *valoração* dos tais elementos de prova, necessariamente — ainda que não faça isso explicitamente — formula juízo crítico sobre aquele meio de prova, então *admitido* no processo.

Quer-se, com isso e em reforço, dizer: o Tribunal não trata da *admissibilidade* da prova num primeiro momento mas depois *valora* a prova produzida e especificamente a *forma* com que foi produzida (ex.: se o contexto da produção da prova ensejou violação do processo equitativo) e valorada, o que redundará num círculo vicioso na medida em que a censura quanto à *forma de produção da prova*, ainda que analisada *ex post*, significa juízo quanto ao *standard* de sua *admissibilidade*. O panorama é percebido, também, porque o Tribunal, em todos os precedentes, não só não trata isoladamente, como nem separa para atingir suas decisões, a *valoração da prova* (ex.: o *sole or decisive extent*) de sua *admissão* (ex.: a deferência aos tribunais locais); e nem seria recomendável fazê-lo pois para se atingir a noção de processo *equitativo*, o trabalho a que se propõe a fazer é mais do que analisar criticamente a prova produzida, verificar como com ela se defrontaram os tribunais locais.

⁽⁶⁴⁾ Art. cit., p. 458.

Isso permite outra conclusão preliminar, qual seja: o fato de o Tribunal europeu enfrentar a dificuldade de proferir sempre uma análise *ex post* da própria decisão judicial impugnada em cada Estado e daí ser-lhe ainda mais questionável a cobrança de análise da *admissibilidade* do meio de prova não enfraquece o argumento, pois há meios de prova que são *inadmissíveis* no cenário homogeneizador idealizado pela Convenção europeia de direitos do homem (exemplificando *com o Tribunal*: testemunha anónima *sem* qualquer medida de contra-balanceamento é *inadmissível*; ou ainda: testemunha anónima *sem* a prova da necessidade do anonimato também é). E nenhuma instituição tem mais autoridade (inclusive moral) para indicar isso do que o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Tudo para não falar na incoerência que se percebe do tratamento dado pelo Tribunal ao anonimato testemunhal como regra excepcional, e a não sintonia desse entendimento com a permissão do juízo de admissibilidade aos juízos ordinários em situações de excepcionalidade nem comprovadas e muito menos discutidas pelo Tribunal em sua abordagem inicial dos casos julgados.

Afinal, se o Tribunal diz, como em todos os precedentes aqui referidos, que o meio de prova da testemunha anónima tem de ser visto com “extremo cuidado” porque relativiza a incidência das normas garantidoras do processo equitativo da Convenção, o outro lado da moeda que se espera é o juízo crítico de prova da excepcionalidade a justificar a tomada de posição dos tribunais locais, mas jamais construir regra geral de admissibilidade *tout court*.

O que se supõe excepcional a ponto de mitigar a incidência da norma da Convenção, no exercício da fiscalização do Tribunal, deveria, para passar no teste da *admissibilidade*, ser provado como tal, e não correr o risco de em não sendo dessa forma, como alerta Enrique Bacigalupo Zapater, converter a exceção em regra⁽⁶⁵⁾.

Imagina-se, em atenção à aplicação da doutrina da *margem de apreciação nacional*, possível explicação de sua difusão na dificuldade de se atingir o parâmetro mínimo de processo penal europeu em razão das distinções legislativas de cada Estado signatário da convenção⁽⁶⁶⁾. É essa a explicação, pelo menos, que dá Ignacio de La Rasilla Del Moral, quando analisa a cláusula a partir do ponto de vista da tormentosa necessidade de se atingir a propalada

⁽⁶⁵⁾ Art. cit., p. 480.

⁽⁶⁶⁾ Para FRANÇOIS OST, eis um ponto de difícil equilíbrio para o Tribunal, em que tem de lidar com as forças centrífugas da discricionariedade nacional e as forças centrípetas do controle europeu. (art. cit., p. 306).

uniformidade, ou o *mínimo denominador comum* aqui já falado, com o número de países signatários da convenção, que acatam a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ⁽⁶⁷⁾.

Um exemplo é elucidativo, contudo, de como o critério da *margin de apreciação* não evita o problema da violação das normas convencionais, e nem é ponto de partida apto a evitar, tampouco, que o Tribunal se defronte com o problema da *inadmissibilidade* dos meios de prova em processo penal. Numa palavra: o exemplo atesta a *inutilidade* da doutrina para se atingir o cerne da questão. A ele.

Em *Kostovsky v. The Netherlands*, que tal como os outros precedentes aqui analisados, não fugiu o Tribunal da análise inicial de deferência à legislação holandesa quanto à *admissibilidade* do meio de prova (testemunho anónimo prestado em 1.ª fase da persecução penal; sequer repetido na fase judicial), foi vista ofensa à norma de garantia da Convenção. Como consequência interna do caso, na Holanda houve modificação do sistema processual penal, especificamente no que tange ao anonimato testemunhal. E mais, aquele caso serviu para, como se comentou, motivar posicionamento do Tribunal Supremo holandês em seu *case law* sobre a própria *admissibilidade* do testemunho anónimo como meio de prova ⁽⁶⁸⁾.

Por mais, então, que se diga que a *admissibilidade de um tal meio de prova* é de ser decidida aprioristicamente por cada legislação nacional, pode se dar o caso — como é o do anonimato testemunhal — em que necessariamente para se analisar a violação à norma de garantia tenha o próprio Tribunal europeu de dizer que aquele meio de prova — tal qual previsto neste ou naquele ordenamento — *não é* admissível porque fulmina as garantias da Convenção; e o julgado do Tribunal tem a consequência — como se provou ter ocorrido — de *alterar* a legislação nacional que lhe propiciou conhecer do problema.

A *margin de apreciação nacional*, pois, não é empecilho à apreciação crítica do Tribunal.

Com isso, e como mais uma vez lembra Javier Roca, deita-se atenção à finalidade da Convenção, colocada no preâmbulo, onde se lêem a necessidade

⁽⁶⁷⁾ The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine. German Law Journal. Review of developments in German, European and International Jurisprudence. vol. 7, n. 6, 2006.

⁽⁶⁸⁾ STEFANO MAFFEI. *The European right of confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006, pp. 51/2.

de “reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos”, formar uma “união mais estreita” entre os membros da Comunidade Europeia e que uma das formas de se propiciar esse estreitamento é através da “protecção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”⁽⁶⁹⁾.

O critério da abordagem inicial da *deferência* não satisfaz a protecção dos direitos, até porque além de não ser parte expressa integrante do complexo normativo da Convenção⁽⁷⁰⁾, não foi nem mesmo imaginado quer para situações comuns⁽⁷¹⁾, e muito menos para sopesamento de direitos elencados no art. 6.º da Convenção⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ El preámbulo. art. cit., pp. 25 e ss.

⁽⁷⁰⁾ GARCIA ROCA, em outro texto, lembra que a margem da apreciação nacional “curiosamente não encontra uma ancoragem expressa, bases legais, nem no preámbulo nem nas disposições articuladas da convenção.” (La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos., p. 154). No mesmo sentido: MICHAEL R. HUTCHINSON. The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights. *International & Comparative Law Quarterly*, 48. 1999, p. 639 e também HOWARD CHARLES YOUROW, *The Margin of Appreciation doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1996, p. 15.

⁽⁷¹⁾ MICHAEL HUTCHINSON lembra que as primeiras vezes em que o termo apareceu no vocabulário dos intérpretes da convenção foram em manifestações da comissão, no início da década de 60 e, depois, em precedentes da década de 70, todos vinculados a insurgências de tal gravidade que motivaram o argumento da *margem da apreciação nacional* com base no artigo 15 da Convenção, que prevê medidas extremas em caso de *estado de necessidade* do Estado signatário. (art. cit., p. 640). Na jurisprudência mais recente da o Tribunal, vale ver, a respeito da *margem de apreciação nacional*, o caso *Evans v. the United Kingdom*, §§ 77 e ss. Ver, também, HOWARD CHARLES YOUROW, *ob. cit.*, p. 15.

⁽⁷²⁾ Em pesquisa do mesmo autor, vê-se, na nota de rodapé n. 1, que a aplicação da doutrina nem é vocacionada aos direitos previstos no art. 6.º da Convenção (MICHAEL HUTCHINSON, art. cit., p. 640). É o que dizem, também, IGNÁCIO DE LA RASILLA DEL MORAL, art. cit., pp. 613/4, e HOWARD CHARLES YOUROW (*ob. cit.*, p. 14). Em longo capítulo, MEIRELLE DELMAS-MARTY aborda a doutrina da *margem de apreciação*, também à luz de suas configurações alheias às garantias do processo penal. *ob. cit.*, pp. 162/78. A mesma autora, ainda, em capítulo de obra por ela editada, inclina-se por aceitação da *margem de apreciação nacional* em duas específicas situações: derrogações do Estado de normalidade à vista do art. 15 da Convenção e “restrições necessárias em sociedade democrática.” (The Richness of Underlying Legal Reasoning. In *The European Convention for the Protection of Human Rights*. cit., p. 331).

Como diz Michael Hutchinson, é um argumento, quando usado nas decisões do Tribunal europeu, “mais opaco do que necessário”⁽⁷³⁾, o que torna particularmente pertinente o entendimento de Trechsel, afecto a tal deferência do Tribunal europeu para as nacionais, como se fosse um ensinamento para se minimizar a possibilidade de o Tribunal reconhecer o vício: “para as cortes nacionais, a lição é simples o suficiente: o julgamento não deve se referir aos testemunhos não confrontados. Esse é o método seguro de evitar encontrar a violação ao art. 6, § 3.º, “d”⁽⁷⁴⁾.

6.2. O *sole or decisive extent* e suas insuficiências

Aqui, conquanto se possa escolher qual terminologia crítica é a mais forte (se a de Trechsel, que toma o uso do critério por “definitivamente insatisfatório”⁽⁷⁵⁾, ou a de Sarah Summers, que o toma por “completamente insatisfatório”⁽⁷⁶⁾), o fato é que, como acima já se viu, o critério é amplamente usado na jurisprudência do Tribunal europeu e tem consagração, também, no âmbito de recomendação do conselho de ministros.

Nem uma coisa — o uso corrente; nem a outra — a consagração da recomendação, convence do critério como válido para análise da obtenção de processo equitativo.

Além de ser intuitiva a possibilidade — lembrada por Trechsel — de condenação poder, efectivamente, basear-se apenas e tão-somente em provas assim admitidas no feito (a lembrança de *Birutis v. Lithuania* é emblemática, pois ali o Tribunal reconheceu a relevância fundamental do anonimato testemunhal mas, por fortuna, escapou do critério aqui criticado para, assim, poder ver

⁽⁷³⁾ MICHAEL HUTCHINSON, art. cit., p. 649. Uma página antes, diz o autor, com o que se concorda neste texto: “whatever phraseology it adopts, the Court has to decide whether a State has violated the Convention or not. This means that in any event we are only ever interested in the bottom edge of the margin of appreciation, and in the end it is not really very helpful to try to elaborate on this point by expressing it as being nearer or further away from some other unspecified interpretation of the Convention.” Interessante estudo sobre a doutrina da margem de apreciação nacional e como o Tribunal europeu tem dele, sem critério, se utilizado, é o de JANNEKE GERARDS e HANNEKE SENDEN. The Structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 7, n. 4, 2009, pp. 619/43.

⁽⁷⁴⁾ *Ob. cit.*, p. 298 (tradução nossa).

⁽⁷⁵⁾ *Ob. cit.*, p. 297.

⁽⁷⁶⁾ *Ob. cit.*, p. 140.

a violação à norma convencional), aferrar-se a tal critério como base de decisão propicia distanciamento do esclarecimento dos fatos, como chegou a se decidir, inclusive, em caso de testemunha ausente — que só tinha sido ouvida na fase inquisitorial da persecução penal e depois não mais foi encontrada⁽⁷⁷⁾.

Há outros pontos críticos que têm a ver com a primeira crítica do juízo diferencial que se faz aos tribunais locais e com o critério de julgamento da questão como um todo.

É que o critério do *decisive or sole extent* é incompatível com a difundida proposta do Tribunal de julgar o caso como um todo, como repetidamente se propala e acima já se viu, além de afrontar o preâmbulo da Convenção, especificamente ao prever a aplicação universal e efectiva dos direitos nela enunciados.

Pelo primeiro aspecto, fica fácil perceber que o *sole or decisive extent* permite detectar eventual violação ao art. 6.º, § 3.º, “d”, da Convenção e abstrai-la do resultado final do julgamento, com argumento segundo o qual mesmo que se tenha reconhecido eventual violação, o desfecho final do caso *como um todo* seria irreprovável. Tal construção não indica a *maneira pela qual se chega* à conclusão de que o resultado do processo seria o mesmo, *sem ou com* a produção da prova inquinada de violadora à norma convencional, o que torna o diagnóstico ainda mais grave notadamente por não ser incomum a deflagração ou o surgimento de novos elementos de prova a partir de um elemento de prova inadmissível ou que não possa, no futuro, ser valorado (em homenagem à separação que o próprio Tribunal dos Direitos do Homem faz) como adequado à luz das normas convencionais.

Em outras palavras, ao prestigiar o entendimento de que só em casos de preponderância do anonimato testemunhal na valoração para fins de condenação é que haveria violação à norma de garantia, os julgados do Tribunal não analisam a relação de *causalidade* entre o meio de prova inquinado e possíveis outros, que possam ultrapassá-lo para dar validade no contexto geral de condenações apreciadas, notadamente se *decorrentes* da origem viciada da informação⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ *Artner v. Austria*. Naquele precedente, dois juízes vencidos reconheceram que o depoimento da testemunha faltante tinha sido decisivo para a condenação; como eles ficaram vencidos, a tese vencedora foi, pura e simplesmente, que não tinha havido violação à norma do processo equitativo porque o tal testemunho não era determinante e, por isso, a falta da possibilidade do confronto não acarretaria prejuízo ao imputado.

⁽⁷⁸⁾ Em *Kostovsky*, por exemplo, o Tribunal não se aprofundou na discussão da contaminação das informações que o próprio imputado deu ao juiz local em sua con-

Com isso, deixa-se de adentrar em relevante questão, qual seja, a relação de causa e efeito que um elemento de prova repudiado pelo Tribunal pode acarretar a seu conseqüente, e como isso deve(ria) se sobrepor ao critério do *sole or decisive extent*.

A segunda contradição é muito bem percebida por Sarah Summers que, por verificar a firmeza dos critérios de julgamento do Tribunal, amparada na noção geral de processo equitativo ao invés de se debruçar sobre pontos específicos e particularmente sobre apontadas violações específicas, pontua: “a aproximação da prova via *sole or decisive* falha por ser criticada na base de, ao contrário dos propósitos do preâmbulo, inevitavelmente cria diferentes tipos de protecção, não só entre prova documental e prova testemunhal, mas também entre sistemas que insistem em, ou permitem, o exame de testemunhas no julgamento e sistemas que usam a fase pré-judicial para facilitar os confrontos de testemunha”⁽⁷⁹⁾.

Sob outro viés: o critério do *sole or decisive* tende a hierarquizar os meios de prova no processo penal, em anacronismo ao processo penal equitativo que se quer ver instaurado na Europa — que mesmo que não seja um processo *acusatório*, pois *adversarial*, é contraponto histórico e epistemológico ao processo penal *inquisitivo*, que, quando perdurou, trazia consigo características rígidas de hierarquia probatória.

E mais: ao decidir que esse ou aquele meio de prova não foi “decisivo” para a condenação, necessariamente se diz que “outro” meio de prova foi, como se a importância daquele meio de prova (para a sustentação da condenação) pudesse apagar, ou superar a importância “desse” meio de prova (para o juízo da ofensa à norma convencional).

Se há prova apresentada, admitida e valorada ao arripio das normas do processo equitativo, desconsiderar-se isso para, no plano geral (como diz o Tribunal), ou no plano do *sole or decisive* (como também se diz), prestigiar-se a decisão tomada pelo Tribunal nacional apontada como violadora da norma convencional, é medida salvacionista que aqui não se aprova. A solução que se preconiza é o reconhecimento da violação existente.

fissão, confissão essa que só ocorreu após — como consta de passagens do julgamento — terem sido apresentados ao suspeito partes dos diálogos telefônicos que ele manteve com o tal *Toni*. Naquele caso, saliente-se, havia até a cogitação de nulidade dos elementos de informação em razão de o agente infiltrado ter entrado na casa do investigado para lá instalar equipamentos de monitorização.

⁽⁷⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 141 (tradução nossa).

Afinal, a prevalência, em casos concretos, desse ou daquele meio de prova, não lhe acarreta a eficácia de apagar vícios perceptíveis em outros (vícios que podem tanto se localizar em *meios de prova* quanto em *meios de pesquisa de prova*) — ainda que o Tribunal não chegue a dizer palavra sobre nulidade processual (pois não se comporta como autêntico Tribunal revisor com poderes de cassação), mas sim sobre *standards* mínimos de processo equitativo; e são justamente as regras que dão base a esse modelo de processo penal que lhe incumbe custodiar.

Por isso, no particular, é bastante dura a crítica de Sarah Summers, à qual aqui uma vez mais se faz coro, qual seja, a de que a posição do Tribunal, neste aspecto, é uma mistura infeliz de exame de admissibilidade e questões políticas⁽⁸⁰⁾, pois para que o Tribunal possa ter bases para dizer se as regras do processo equitativo foram aplicadas, ela necessariamente tem de reconhecer se a defesa teve chances — fácticas — de contrariar as provas produzidas em seu desfavor em procedimento adversarial com respeito ao princípio de igualdade de armas, o que não é feito.

Diz a autora: “na tentativa de analisar a importância da prova contra a defesa, o Tribunal perdeu o foco de seu papel primário — aquele de assegurar que a prova em favor e contra o acusado tenha sido apresentada de uma maneira compatível com a específica noção de justiça. Além disso, ao focar as questões em cada caso, seja no anonimato de testemunhas ou na extensão e finalidade da prova escondida da defesa, o Tribunal perdeu o foco da finalidade da norma e de suas próprias responsabilidades”⁽⁸¹⁾.

Se é assim, ao Tribunal europeu não caberia a tarefa de dizer da relevância desse ou daquele meio de prova (ou de pesquisa de prova) para sustentar a condenação; nem de dizer se se sobrepõe (o tal meio de prova ou de pesquisa de prova) a outro; e nem, muito menos, assumir postura salvacionista do processo criminal em que a violação tenha ocorrido, rebaixando a importância do vício constatado.

6.3. Insuficiente balaceamento

Como também já foi visto, alvitra-se, no panorama jurisprudencial do Tribunal europeu, não só a admissibilidade de contraditório posterior e, com isso, reacção em momento sucessivo àquele em que é tomado o depoimento

⁽⁸⁰⁾ *Idem. ibidem*, p. 142.

⁽⁸¹⁾ *Ob. cit.*, p. 142 (tradução nossa).

da testemunha anónima, como também se cogita da imposição de medidas alternativas para minimizar as dificuldades defensivas impostas na colheita da prova dessa maneira.

O Tribunal, nesse particular, tem postura dúbia: se é certo que não vê qualquer irregularidade na reacção posterior dos imputados — inclusive e notadamente — só em fase propriamente judicial, nas circunstâncias em que os testemunhos anónimos ocorrem em fases investigativas e nas quais já seria possível o confronto ao menos por escrito dos investigados se soubessem as identidades das testemunhas — por outro, conquanto cobre posturas de balanceamento para minimizar as deficiências defensivas, não diz quais seriam, nem quando poderiam ser implementadas.

É interessante e paradoxal: admite-se a colheita da prova testemunhal com a ofensa à regra convencional do art. 6.º, § 3.º, “d”, na pressuposição de que o contraditório posterior poderia, ao lado de medidas balanceadoras, minimizar o vício, mas não se assume postura activa em ordenar aos países signatários da Convenção que sejam tomadas tais medidas. E nem coube à Recomendação, Rec. (2005) 9, sempre lembrada nessa temática, tratar de *quais* seriam tais medidas compensatórias à defesa.

O cenário, pois, conquanto se tenha notado principalmente nos casos *Kostovsky v. The Netherlands* e *Lüdi v. Switzerland* e aos que a eles se seguiram, seja de maior cautela do Tribunal em aferir se efectivamente a testemunha possa se enquadrar em categoria que justifique seu anonimato, não é promissor: não há previsão em plano normativo nem no jurisprudencial das medidas que resguardem à defesa a *igualdade de armas* no processo penal em que tenha sido tomado como elemento de prova o anonimato testemunhal.

Em casos como *Visser v. the Netherlands* (§ 44), *Doorson v. the Netherlands* (§ 76), *Birutis v. Lithuania* (§ 29), *Górny v. Poland* (§ 32), *Mirilashvili v. Russia* (§ 216) o Tribunal acentuou o cuidado que se deve ter com o tratamento da prova testemunhal anónima e em todos eles rogou a necessidade de um “suficiente contra-balanceamento nos procedimentos seguidos por autoridades judiciais.” (*Birutis*, § 29). Mas não foi além da exortação.

Esse, exactamente, o ponto: na saída, o Tribunal europeu tem posição de deferência aos tribunais nacionais — *a admissibilidade do meio de prova é, em regra, insindicável; reconhece-se a margem de apreciação nacional para o tratamento da matéria processual penal*; e, como agora se vê, na chegada, também — *é às autoridades judiciais que se impõe a tomada de medidas balanceadoras à defesa.*

Não se pode concordar com tal tomada de atitude passiva na saída e na chegada por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A uma porque tanto na chegada quanto na saída (e não sem problemas lógicos a serem enfrentados a partir de tal escolha voluntarista, dentre os quais o mais difícil é a pressuposição de não enfrentar a questão da *admissibilidade* da prova mas ter de, para se ver violação à norma do processo equitativo, ter de *valorar* a prova já produzida e, como se viu acima, até tratar de sua própria *admissibilidade* ainda que *a posteriori*, em segunda *avaliação*: a avaliação crítica à posição assumida pelo Tribunal local) se assume posição de deferência aos tribunais locais — tidos como antecedentes lógicos e jurídicos para que se pudesse chegar ao Tribunal.

Essa primeira razão não tem pouca importância: não tivessem os tribunais locais *violado as normas do processo equitativo*, não se teria provocado a jurisdição do Tribunal europeu. A postura da última, portanto, de devolver aos primeiros tanto a *admissibilidade* quanto a medida balanceadora do elemento de prova excepcional, não é garantidora de futuro homogêneo e equitativo no processo penal europeu.

A duas porque as deferências no início e no final não são sinais de que o Tribunal europeu esteja, efectivamente, a se debruçar nas questões de fundo da ofensa ao processo equitativo. Os casos julgados contaram, com efeito, que as proverbiais passagens (*insindicabilidade da admissibilidade do meio de prova* por um lado, *deferência aos tribunais locais* de outro e, ainda, *critério de "sole or decisive"*) não garantem o enfrentar da violação.

Sob outro prisma, a não menos repetida passagem de que o *contraditório diferido* bastaria a minimizar os danos ao imputado no exercício do direito de confrontar-se com as testemunhas que lhe sejam contrárias e de ter as suas ouvidas no Tribunal evidencia o que logo no início desse texto já se falou: a noção de contraditório, assumida pelo Tribunal, é insuficiente porque não propugna por um contraditório *na formação do elemento da prova*, mas admite — mesmo em situação de elemento de prova que nem seja cautelar ou irrepetível — mero contraditório *sobre* o elemento da prova, em momento posterior.

7. Conclusões

O cenário é de *encontros e desencontros*.

Não é necessário por um lado repetir a premissa da idealização do Tribunal, como braço de fiscalização da aplicação das normas convencionais, e

nem, por outro, lembrar do temor já difundido de que venha a se comportar como um “supremo Tribunal” europeu⁽⁸²⁾, ou último “Tribunal de apelação ou “Tribunal de quarta instância”⁽⁸³⁾.

O Tribunal europeu, como qualquer Tribunal em sociedades democráticas, lida com a difícil questão da acomodação de direitos e expectativas e, especificamente no perfil operativo da Convenção europeia dos direitos humanos, deve-se acreditar em função implementadora, educativa mesmo, dos valores idealizados no processo penal equitativo, como forma a — o que se viu no caso *Kostovsky v. The Netherlands* — atingir até reconformação legislativa no âmbito dos países subscritores da Convenção.

Os *encontros* com os anseios de concretização das normas convencionais vêm de resultados que asseguram ao processo penal as normas mínimas de respeito à paridade de armas e de produção de prova em audiência pública, com participação do imputado de forma a lhe possibilitar o confronto com as testemunhas acusatórias, e de contar com o depoimento de suas testemunhas⁽⁸⁴⁾ nas mesmas condições com que conta a acusação com relação às suas.

Os *desencontros*, como se viu, constituem-se em obstáculos vistos (ou até causados) pelo próprio Tribunal para que se chegue ao resultado final da violação: margem de apreciação, análise como um todo dos processos, juízo de preponderância nos testemunhos, são vistos, aqui, como desviantes da fiscalização da observância ou não da norma que garante o processo equitativo.

Como também é *desencontro* ao anseio convencional, a postura duplamente passiva do Tribunal, deferente aos tribunais nacionais: de admissibilidade do elemento da prova (na saída) e de superficialidade com que trata do tema das medidas de contra-balanceamento para (re)equilibrar a paridade entre acusação e defesa na condição de processo no qual há colheita de testemunha anónima (na chegada).

Fica uma pergunta como provocação final: com tantos *encontros e desencontros*, poder-se-ia dizer que o Tribunal europeu mais se assemelha a Tribunal *comum* — que lida com questões do dia-a-dia forense, impregna-se de argumentos retóricos e filtragens que lhe possibilitam, em *hard*

⁽⁸²⁾ FRANÇOIS OST, art. cit., p. 306.

⁽⁸³⁾ *Mirilashvili v. Russia*, § 161.

⁽⁸⁴⁾ O tema da análise da *relevância e pertinência* da produção da prova pedida pela defesa não é foco central deste trabalho.

cases, decidir os casos sem solucionar a questão posta, muitas vezes por via de uso de argumentos procedimentais que obstaculizam o enfrentamento da matéria de fundo — ou mantém seu aparelhamento a serviço do ideal de se afirmar como cústo de de normas basilares de processo penal equitativo, a partir de *standard* adversarial da produção de prova na Europa?