O DIREITO AO CONFRONTO E O *CASO AL-KHAWAJA* E *TAHERY C. REINO UNIDO*[*]

Daniel Diamantaras de Figueiredo[*]

Abstract: *This paper addresses the problem of admissibility of hearsay statements made by out-of-court declarants. The analysis will start about the right of confrontation in anglo-american adversarial process, as a right of the accused in all criminal prosecutions to be confronted with the witnesses against him. It was included at Sixth Amendment to the U.S. Federal Constitution, but which currently is planned in several international treaties, including the EHRC. And so we will analyze one paradigmatic case of ECtHR, focusing how this Court deal with prior statements and commentaries will be made at final.*

Sumário: Introdução. 1. Caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*. Uma mudança de paradigma? 1.1. Enquadramento geral do caso. Resumo dos fatos *Al-Khawaja* e *Tahery* c. Reino Unido. 1.1.1. Fatos do processo de *Al-Khawaja*. 1.1.2. Fatos referentes ao *Tahery*. 1.2. Julgamento pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 2. Direito ao confronto na produção da prova. 2.1. Breves comentários ao direito ao confronto no processo adversarial norte-americano. 2.2. "Right of confrontation" x "hearsay rule". 2.3. Direito ao confronto x contraditório. 3. Análise do direito ao confronto pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 4. Comentários do caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*. 5. Críticas ao julgamento realizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 6. Sobre a questão da transmissibilidade das declarações testemunhais no ordenamento jurídico português. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante CEDH) prevê o direito ao confronto, estabelecendo no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, que o acusado tem, no mínimo, o direito de "*interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de*

---

* O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao Relatório do Seminário de Processo Penal, do curso de mestrado de Ciências Jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano de 2015, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

** Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação". Tal prescrição normativa encontra-se no artigo 6.º, sede normativa das garantias relacionadas com um processo equitativo.

O ponto fundamental diz respeito à ausência das testemunhas no juízo (debate) oral quando estas apresentaram suas declarações anteriormente e a valoração de tais declarações no julgamento.

A metodologia adotada deu-se a partir da análise do caso concreto *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH). Será abordada a questão da admissibilidade de declarações testemunhais produzidas em fase anterior à judicial (ou anterior ao julgamento), onde as testemunhas não compareceram ao debate oral e o acusado não teve a oportunidade de confrontá-las.

No capítulo 1, descreveremos os fatos referentes ao referido caso julgado pelo TEDH e a forma pela qual ocorreu o julgamento, elencando os fundamentos e o resultado deste.

No capítulo 2, analisaremos o direito ao confronto na produção da prova, estabelecendo alguns paradigmas sobre o "right of confrontation" no processo adversarial norte-americano e sua diferença com a "hearsay rule" neste ordenamento jurídico do *common law* para, então, abordar no capítulo 3 a valoração do direito ao confronto efetuado pelo TEDH, exemplificando com alguns casos julgados sobre o tema.

Ressaltamos que a escolha da abordagem do direito ao confronto nos Estados Unidos deve-se ao grande reconhecimento dado por este país ao referido direito, consagrando-o, inclusive, na Emenda VI de sua Constituição, e em razão da doutrina americana ser mais avançada neste tema, o que enriquecerá o debate no presente trabalho.

É importante delimitar a aplicação do direito ao confronto que não se confunde com o instituto do contraditório, possuindo características e conteúdo normativo autônomo, como será visto adiante.

Nos capítulos 4 e 5 serão feitos comentários e críticas à solução adotada no caso *Al-khawaja e Tahery*, pontuando os critérios aceitáveis pelo TEDH sobre a possibilidade de uma condenação se basear somente ou de forma preponderante (regra conhecida como "sole or decisive rule") em elementos produzidos por uma testemunha, a qual o acusado não teve a oportunidade de interrogar ou fazer interrogar, e se haverá violação ao direito de defesa consagrado no artigo 6.º CEDH.

Com efeito, a questão é saber qual a extensão do direito a um julgamento justo, que é o objetivo principal da CEDH, e se o problema do conflito entre os direitos do acusado e administração da justiça é capaz de anular ou minimizar direitos individuais específicos que são definidos na CEDH em termos absolutos e categóricos.[1]

Neste ponto, a discussão do caso em tela terá como foco saber se o direito ao confronto deve ser interpretado de forma absoluta e se a interpretação dada pela Corte de Estrasburgo é compatível com a característica de direito fundamental do "right of confrontation" ou se, por outro lado, o novo entendimento da referida Corte dissipou por completo o alcance de proteção normativa do citado direito. Por conseguinte, no capítulo 5 serão feitas críticas ao entendimento do TEDH neste caso e realçadas diversas características deste direito, a fim de defender a devida importância que deve ser dispensada ao direito ao confronto.

Por derradeiro, faremos breves comentários sobre o tratamento dado à questão da transmissibilidade das declarações de testemunhas no ordenamento jurídico português, a fim de avaliar os contornos procedimentais da produção de provas para formação da convicção do juiz, fixando alguns paralelos com a jurisprudência do TEDH.

1. CASO AL-KHAWAJA E TAHERY C. REINO UNIDO. UMA MUDANÇA DE PARADIGMA?

1.1. Enquadramento geral do caso. Resumo dos fatos do caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*[2]

1.1.1. Factos do processo de Al-Khawaja[3]

Enquanto trabalhava como médico consultor na área de medicina de reabilitação, o acusado Al-Khawaja foi acusado por duas condutas de atentado

1 Voto parcialmente dissidente dos Juízes Sajó e Karakas no acórdão do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, de 15 de dezembro de 2011. Disponível em www.echr.coe.int.

2 O presente caso refere-se a dois processos diferentes que foram julgados simultaneamente, um em relação ao acusado Al-Khawaja e o outro referente ao Tahery, sendo que achamos prudente fazer um breve resumo dos factos para cada processo.

3 Factos tal como narrados no bojo do acórdão do caso do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido,* de 15 dez. 2011. Disponível em www.echr.coe.int.

violento ao pudor em dois pacientes do sexo feminino, enquanto elas estariam sob hipnose. A primeira parte da acusação é que o réu tinha abusado de uma mulher chamada ST durante uma consulta em 3 de junho de 2003. A segunda parte da acusação afirma que ele tinha abusado de uma mulher chamada VU também durante uma consulta, desta vez em 12 de junho de 2003.

Por motivos alheios ao alegado abuso, ST suicidou-se antes do julgamento. No entanto, vários meses após a suposta agressão, ela fez uma declaração à polícia. Ela também disse a dois amigos, BF e SH, que tinha sido abusada.

Em 22 de março de 2004, durante uma audiência preliminar, foi decidido que a declaração do ST deveria ser lida ao júri no julgamento. O Ministério Público requereu a convocação dos amigos de ST para prestar depoimento sobre o que ela lhes tinha dito.

No julgamento, foi lida a declaração de ST e o júri ouviu os depoimentos de BF e SH e os amigos de ST. O clínico geral de ST também deu como prova uma carta que ele havia escrito em favor de ST para as autoridades do hospital, que delineou as alegações da ST em relação ao acusado. No que respeita à segunda parte da acusação, o abuso contra VU, depôs VU e os policiais que investigaram o caso. A prova foi também dada por duas mulheres que alegaram que o acusado lhes tinha feito sugestões impróprias durante as consultas de hipnose.

Em 30 de novembro de 2004, o acusado foi condenado por um veredicto unânime do júri em ambos os casos de atentado violento ao pudor.

O acusado interpôs recurso contra a sua condenação perante o Tribunal de Recurso. O apelo centrou-se na decisão do pré-julgamento que admitiu a declaração de ST como prova. Também foi alegado que, na sua síntese, o juiz não deu instruções adequadas para o júri quanto à desvantagem desta evidência ao acusado.

O recurso foi julgado e improvido em 6 de setembro de 2005. No acórdão proferido em 3 de novembro de 2005, o Tribunal de Recurso concluiu que o direito do acusado a um julgamento justo não foi violado. No que diz respeito à admissão de prova da declaração de ST, o tribunal considerou que não era necessariamente incompatível com o n.º 1 e com a alínea *d)* do n.º 3 do artigo 6.º da Convenção.[4]

---

4 O Tribunal sustentou o seguinte: "Os fatores importantes no presente caso são as seguintes. A testemunha ST não poderia ser examinada, porque ela tinha morrido. Ela foi a única testemunha cujo depoimento foi diretamente ligado à prática de um atentado ao pudor pelo recorrente. Se sua declaração fosse excluída, a acusação teria sido obrigado a abandonar a primeira acusação (...) Sempre que uma testemunha que é

Em 30 de novembro de 2005, o acusado recorreu à Câmara dos Lordes, que recusou o pedido do recorrente.

1.1.2. Factos referentes ao Tahery

Em 19 de maio de 2004, S, um membro da comunidade iraniana que vive em Londres, envolveu-se em uma briga com alguns homens curdos. O acusado Tahery colocou-se entre S e os homens curdos, a fim de proteger S. Nas primeiras horas da manhã de 20 de maio de 2004, S e o acusado reuniram-se novamente do lado de fora de um restaurante iraniano em Hammersmith, em Londres. O acusado pediu a S para ter uma conversa com ele e levou-o para um beco nas proximidades. Os homens começaram a discutir sobre a briga ocorrida mais cedo. S e o acusado brigaram e, em determinado momento, S sentiu uma sensação de queimação nas costas, que provou ser o resultado de três facadas nas costas. S relatou que nem viu o segundo requerente esfaqueá-lo, nem estava ciente do segundo requerente ter ido atrás dele ou dado a volta, de modo a esfaqueá-lo.

Durante a luta, estavam lá um amigo de S, um outro membro da comunidade iraniana chamado T, assim como os dois amigos de T e o tio do acusado.

Quando as testemunhas foram interrogadas na cena do crime, ninguém afirmou ter visto o acusado esfaquear S. Dois dias depois, no entanto, T declarou à polícia que havia visto o acusado dar uma facada em S.

Em 25 de abril de 2005, o julgamento do acusado teve início. Quando interrogado, S afirmou que ele não tinha visto o segundo requerente ir atrás dele e que ficaram "cara a cara".

Depois de S ter dado seu depoimento, a promotoria apresentou um pedido para ler a declaração de T, pois estava com muito medo de comparecer ao julgamento perante o júri e que ele deveria beneficiar de medidas especiais. O juiz autorizou que o depoimento de T fosse lido ao júri.

Em 29 de abril de 2005, o acusado foi condenado por maioria pela lesão corporal grave e interpôs recurso para o Tribunal, argumentando que a incapacidade de interrogar T violou o seu direito a um julgamento justo. O Tribunal de Recurso considerou que o júri foi informado de todos os assuntos necessários para o seu processo de tomada de decisão.

---

a única testemunha de um crime fez uma declaração para ser usada na acusação e morreu, pode haver um grande interesse público na admissão da declaração em evidência, de modo que a acusação pode prosseguir. Esse foi o caso aqui (...)" (tradução livre).

1.2. Julgamento pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Em suma, a questão levantada, no primeiro caso, foi se o depoimento dado pela vítima S (que faleceu antes do julgamento) perante à polícia poderia ser lido ao júri e, por conseguinte, valorado no julgamento do acusado. Quanto ao segundo caso, o problema levantado era se poderia ser admitida a leitura ao júri do depoimento de T, dado a um juiz, e não ao júri (juiz natural daquele caso) sem a presença do acusado e, portanto, sem a possibilidade de confrontá-lo.

O primeiro julgamento realizado pela Câmara do TEDH, o qual fora reformado posteriormente pela Grande Câmara ("Grand Chamber"), foi no sentido de não ser possível a utilização de declarações que não foram submetidas ao escrutínio do acusado e, assim, não se poderia avaliar a credibilidade da testemunha.

Para esta Câmara, o acusado tem que ter tido a oportunidade de confrontar as testemunhas, seja numa fase pré-processual, seja durante o julgamento e, se a condenação se basear de forma única ou decisiva em depoimentos de testemunhas que não foram confrontadas pelo acusado em algum momento ou às quais não lhes foi fornecida esta oportunidade, há violação do artigo 6.º da CEDH.[5] Ato contínuo, a Câmara concluiu que nos dois casos houve violação do artigo 6.º, n.º 1 c/c artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH.

Por outro lado, a Grande Câmara, muito embora tenha reconhecido que a defesa enfrentou dificuldades diante da ausência da testemunha no julgamento e da admissão das suas declarações extraprocessuais, decidiu que, tendo em conta a análise se o procedimento como um todo foi justo, foram utilizados mecanismos de contrabalanceamento no caso *Al-khawaja* suficientes a impedir uma violação ao direito de examinar as testemunhas (artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH).

Quanto ao caso *Tahery*, entendeu que houve violação ao artigo supracitado, uma vez que o depoimento da testemunha ausente no julgamento ("T") tinha natureza decisiva na condenação criminal e que, por não ter sido corroborado por qualquer outra evidência forte, não foi possível avaliar-se a credibilidade da referida testemunha. Portanto, analisando se o procedimento como um todo foi justo, entendeu-se que não houve mecanismos de contrabalanceamento para compensar as dificuldades em desfavor da defesa, violando o artigo 6, n.º 3, *d)*, da CEDH.

---

5 Caso do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, de 15 dez. 2011, §§ 89-93.

Vale informar, contudo, que houve votos dissidentes no Tribunal, os quais sustentavam não ser possível a utilização de tais declarações no julgamento para fins de valoração pelo juiz natural da causa, principalmente quando se tratar de prova única ou decisiva para a condenação, tendo em vista que o acusado, em nenhum momento do processo, nem sequer antes deste, teve a oportunidade de examinar/questionar as testemunhas, violando, pois, a norma do artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH.

2. DIREITO AO CONFRONTO NA PRODUÇÃO DA PROVA

2.1. Breves comentários ao direito ao confronto no processo adversarial norte-americano

Antes de analisar de forma pormenorizada o caso objeto do estudo e para um melhor entendimento da influência do direito ao confronto no TEDH e a consequente admissibilidade e valoração da prova testemunhal pela Corte, teceremos alguns breves comentários sobre o direito ao confronto e sua relação com a produção da prova, destacando também algumas nuances do processo penal do "common law" onde tal direito estabelece suas raízes.

O "right of confrontation" foi inicialmente consagrado de forma expressa na Sexta Emenda da Constituição norte-americana ("em todas as persecuções penais, o acusado terá o direito (...) a ser confrontado com as testemunhas contrárias a si"), encontrando-se hoje previsto em diversos tratados internacionais, tais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.[6]

Tradicionalmente, o direito ao confronto era visto como o direito de realizar a inquirição cruzada das testemunhas. Tal posicionamento era defendido por Wigmore, que defendia que a inclusão da cláusula de confrontação na Cons-

6 Artigo 6.º, n.º 3, d), da CEDH – "O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação (...)"; artigo 8.º, n.º 2, *f)*, da CADH – "2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal (...)"; artigo 14.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – "3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação (...)"; Amendment VI: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witness against him (...)".

tituição norte-americana apenas ratificou a exigência do "cross-examination" na produção da prova estabelecido na tradição do *common law*.[7]

O fundamento é que a maneira mais eficaz de descobrir a verdade num processo penal que prioriza a oralidade e fontes de prova pessoal[8] é submeter a testemunha a exame cruzado para verificar a veracidade[9] e credibilidade do seu depoimento ("cross-examination"), permitindo, assim, a exatidão ("accuracy") da decisão judicial.[10]

Entretanto, este é diferente do direito ao confronto, tratando-se de um método (técnica) processual de inquirição das testemunhas característico do sistema anglo-americano e que pode ser utilizado também pelo órgão acusatório, enquanto que o direito ao confronto é um direito fundamental apenas do acusado.[11] O direito ao confronto pode ser materializado pelo direito do acusado de inquirição cruzada[12] das testemunhas de acusação, mas não se esgota nele.

Com efeito, o direito ao confronto pode ser observado para além daquela visão tradicional, desmembrando-se em alguns corolários tão fundamentais quanto o é o próprio, sendo um direito do acusado (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal ("right to be present"); (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) a desvendar a verdadeira identidade das testemunhas; (vi) à inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento da sua produção.[13]

---

7 Wigmore, 1940: 130-131.

8 Nos sistemas de *common law*, há a ideia de que a melhor prova é o testemunho prestado em juízo oral e público, tendo uma qualidade gnosiológica superior a outros meios de prova, cf. Beijer, Cobley & Klip,1995: 285.

9 Badaró, 2014: 178.

10 Neste ponto, a famosa frase no sentido de que o exame cruzado ("cross-examination") é a melhor ferramenta legal para se descobrir a verdade ("it is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth") de Wigmore, 1904: 1697.

11 Maffei, 2012: 10-11.

12 Nada impede que o direito ao confronto seja assegurado também por mediação do juiz (sistema presidencialista), em que o juiz faz as perguntas das partes às testemunhas – Maffei, 2012: 17 e 42. Cf. também Malan, 2009: 98).

13 Maffei, 2012: 37-43 e Malan, 2009: 86. Acresce a estes corolários do direito ao confronto o direito de entrevista do acusado com seu defensor de "de forma livre, reservada e ininterrupta" durante a inquirição das testemunhas.

Em poucas palavras, trata-se de um direito fundamental do acusado de se fazer presente e participar da produção da prova testemunhal, confrontando as testemunhas de acusação perante um juiz numa audiência pública.[14] A regra geral, portanto, é que a prova testemunhal seja produzida em juízo oral, público, contraditório e respeite o direito ao confronto e seus corolários.

Sendo assim, declarações testemunhais dadas sem observar os critérios acima mencionados não podem ser utilizadas contra o acusado.

Neste ponto, é importante destacar o conceito funcional de testemunha de acusação adotado por Richard Friedman[15], que inclui todas as pessoas que fazem uma declaração contra o acusado com natureza testemunhal, seja na fase de julgamento, seja em fase anterior a ele. Faz, portanto, uma diferença entre declaração com natureza testemunhal ("testimonial") e declaração sem natureza testemunhal ("nontestimonial").

A primeira refere-se àquela em que o declarante, no momento em que a faz, tem a previsibilidade que poderá ser usada como prova eventualmente numa acusação formal, enquanto que a segunda é feita sem tal previsão.[16]

Esta ponderação sobre a diferença entre a natureza das declarações tem uma importância ímpar, já que há quem sustente que o termo testemunha ("witness") na cláusula do direito ao confronto refere-se apenas àqueles que comparecem em juízo para depor[17]. Desta forma, com a distinção proposta por Richard Friedman, testemunha, para fins de incidência do direito ao confronto,

---

14 Malan, 2009: 2.

15 Friedman, 1998: 1011-1043 e Friedman, 2004: 439-468.

16 Friedman, 1998: 1038-1043. Cf. também Friedman, 2007: 553-586. A título de exemplo sobre o que se considerar declaração "testimonial" e "nontestimonial", Mesquita, 2011: 405-406, nota 81, analisa dois casos da Suprema Corte Americana, *Davis v. Washington* e *Hammon v. Indiana*. O primeiro refere-se a declarações feitas ao operador do telefone de emergência (911, nos Estados Unidos) pela vítima, que afirmava ter sido agredida pelo seu antigo namorado, sendo considerado pela Suprema Corte possível de valoração judicial por ser de natureza "nontestimonial". No segundo caso, policiais receberam uma denúncia de distúrbio doméstico e, quando compareceram, a vítima Amy negou qualquer problema, mas um dos policiais, tendo suspeitado de indícios de violência, interrogou-a sem a presença do marido, tendo ela relatado a violência, sendo as declarações da vítima reduzidas a um auto escrito, assinado pela vítima. Neste caso, a Suprema Corte entendeu que não seria possível valorar tais declarações no julgamento do acusado por terem natureza "testimonial". Desta forma, o entendimento da Suprema Corte foi de que declarações "nontestimonial" podem ser aquelas prestadas no decurso de interrogatórios policiais, mas em que as circunstâncias indicam que o objetivo principal do interrogatório era solucionar uma situação urgente em progresso. Por outro lado, as declarações "testimonial" são aquelas que as circunstâncias não indicam que existe uma necessidade de intervenção urgente em progresso e em que o objetivo principal do interrogatório levado a efeito é "estabelecer ou provar factos passados potencialmente relevantes para uma acusação criminal futura".

17 Wigmore, 1923: 104.

será aquela pessoa que presta declarações com natureza testemunhal, ou seja, que exerça uma função equivalente à prova testemunhal produzida no julgamento ("functional equivalent"[18]).

Sendo assim, adotando tal entendimento, o "right of confrontation" cumprirá o seu propósito de impedir que sejam produzidas declarações testemunhais passíveis de utilização na condenação do acusado sem observar as condições acima, pois isso incentivaria a produção de depoimentos em segredo, sendo esta prática de natureza inquisitiva que justamente o referido direito pretende eliminar.[19]

Assim, qualquer declaração incriminadora testemunhal não deve ser admitida para fins de valoração judicial na condenação do acusado, a não ser que este tenha a possibilidade de confrontá-la.

Vale ressaltar que esta conceção do caráter "testimonial" de uma declaração destoava do entendimento adotado pela Suprema Corte Americana no caso *Ohio v. Roberts*[20] que, para analisar acerca da admissibilidade de um determinado depoimento dado anteriormente ao julgamento (quando a testemunha estivesse indisponível), averiguava principalmente o grau de confiabilidade ("indicia of reliability") daquela declaração.

Apenas em 2004, no caso *Crawford v. Washington*[21], a Suprema Corte Americana alterou o seu entendimento sobre o âmbito de aplicação do "right of confrontation", passando a adotar a posição de Richard Friedman de que tal direito somente se aplica às declarações de natureza testemunhal ("testimonial"), ou seja, não se admite uma declaração de natureza testemunhal dada em fase anterior ao julgamento, caso o acusado não tenha tido a oportunidade de confrontar. Com isso, a referida Corte deixou de apreciar o grau de *confiabilidade* de uma declaração testemunhal para fins de admissibilidade desta prova no julgamento, passando apenas a analisar, quanto à natureza da declaração "testimonial", se o acusado teve oportunidade de confrontar a testemunha.[22]

---

18 Cf. Caso *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004) ou 124 S.Ct. 1354, p. 1364.

19 Friedman, 1998: 1025-1026 e Malan, 2009: 78.

20 448 U.S. 56 (1980), disponível em www.supremecourt.gov.

21 541 U.S 36 (2004) ou 124 S.Ct. 1354, Disponível em www.supremecourt.gov. Acerca dos comentários na doutrina, cf. Friedman, 2004a: 1-30; Sklansky, 2009: 1634-1704; Friedman, 2007: 553-586; Friedman, 2004b: 439-468 e O´Brian, 2005: 481-510.

22 Assim, Friedman sustenta que a Suprema Corte norte-americana passa a entender que o respeito ao direito ao confronto não se satisfaz pela análise da confiabilidade de uma prova por determinação do

Diante disso, no processo adversarial anglo-americano, atualmente o direito ao confronto é interpretado no sentido de determinar que toda a declaração incriminadora contra o acusado, em regra, seja produzida em juízo de forma oral, pública, na presença do julgador e do acusado, admitindo, porém, declarações anteriores, desde que este tenha oportunidade de confrontá-las.[23]

2.2. "Right of confrontation" x "hearsay rule"

É fundamental proceder a uma diferenciação deste direito do acusado da "hearsay rule" do direito norte-americano, sendo importante salientar que serão breves comentários acerca de um assunto bastante amplo, para não nos afastarmos do escopo do presente trabalho.

Hearsay refere-se a uma declaração distinta daquela que é proferida por uma testemunha no momento do julgamento ou numa audiência para provar a veracidade de uma questão narrada.[24] A "rule against hearsay" é uma espécie das regra de exclusão probatória ("exclusionary rules") do sistema adversarial que, basicamente, veda a utilização de elementos produzidos anteriormente ao processo e declarações anteriores ao julgamento ("hearsay evidence"), contendo, porém, diversas exceções[25].

O processo penal adversarial caracteriza-se essencialmente pelo combate entre as partes (adversários), que possuem ampla iniciativa probatória, no qual a informação produzida será avaliada por um juiz neutro e passivo que resolverá a disputa.[26] A ideia central é afastar o julgador da gestão probatória, cabendo às partes apresentar os elementos de prova que considerem melhor para as

---

juiz, mas que a cláusula do direito ao confronto relaciona-se com o procedimento adequado para que a testemunha preste seu depoimento (2008: 266).

23 Malan, 2009: 78.

24 Artigo 801 (c) da *Federal Rules of Evidence. "hearsay is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of matter asserted".* O elemento denominado *hearsay (hearsay evidence)* é diferente daquela conceituação adotada na Europa Continental sobre o ouvir dizer, uma vez que este se refere a declarações através de pessoas, enquanto que a *hearsay evidence* engloba tanto as testemunhas de *ouvir dizer* como declarações constantes em documentos escritos, suportes mecânicos ou registros informáticos (Mesquita, 2011: 387-388). Cf. também Morgan, 1935: 1138-1160.

25 São mais de 20 exceções previstas na *Federal Rules of Evidence*. Estas exceções são aceites em razão de o legislador considerar que o testemunho indireto é tão confiável quanto o que seria o testemunho direto (artigo 803 da referida lei) e, numa outra hipótese, quando a fonte original do depoimento está indisponível, como, por exemplo, em razão de falecimento ou doença mental (artigo 804 da mencionada lei).

26 Asimow, 2007: 653-686. Cf. Landsman, 1988: 2.

respectivas teses.[27] Assim, tendo as partes um amplo poder de gestão da prova, pode-se afirmar que a proibição do "hearsay" funciona como um controle pela falta de uma supervisão imparcial nas fases da persecução penal.[28]

O direito ao confronto não se confunde com a "hearsay rule". Esta prioriza a análise essencialmente da confiabilidade do elemento de prova para fins de admissão e valoração judicial. Trata-se de uma questão epistemológica, centrando-se numa preocupação em evitar erros no julgamento por parte do julgador que poderia ser influenciado por elementos não confiáveis.[29]

Wigmore aproximava o direito ao confronto da "hearsay rule". Como visto no item anterior, para o autor o direito ao confronto era a ratificação constitucional do direito ao "cross-examination" e que tal direito era assegurado pela "hearsay rule", a qual traz em suas normas várias exceções e, assim, o direito de inquirição cruzada possui exceções que são exatamente aquelas reconhecidas na referida lei.[30]

Para o autor, a cláusula do direito ao confronto apenas prescreve que, quando a "hearsay rule" determina que um depoimento seja prestado judicialmente para sua admissão como prova, este deve ser submetido ao "cross-examination".[31]

Com tal entendimento, o direito ao confronto fica adstrito às normas da "hearsay rule" e suas exceções.

A Suprema Corte norte-americana seguia esta doutrina e aproximava os dois institutos como, por exemplo, no caso *Roberts* (visto no item anterior), que, para fins de admissibilidade probatória, e até então sob a luz do direito ao confronto, procedia com a verificação da confiabilidade do "hearsay", de acordo com o leque de exceções contidas na "rule against hearsay"[32], de modo que aquele se considerava satisfeito ao admitir-se uma declaração anterior, em conformidade com o cumprimento dos critérios desta última[33].

---

27 Malan, 2009: 19.

28 Malan, 2009: 56.

29 Spencer, 2014: 2.

30 Wigmore, 1940: 130 ("the right to subject opposing testimony to cross-examination is the right to have the Hearsay Rule enforced; for the Hearsay Rule is the rule requiring cross-examination. Now the Hearsay Rule is not a rule without exceptions").

31 Wigmore, 1940: 131.

32 Friedman, 1998: 1011-1043.

33 Friedman, 1998: 1015.

Muitas foram as críticas lançadas pela doutrina contra esta posição adotada pela Suprema Corte[34]. De facto, esta conceção esvaziava muito o conteúdo do "right of confrontation", porque a interpretação deste direito do acusado de natureza constitucional/fundamental era delimitada por um regramento infraconstitucional da "rule against hearsay".[35]

Após o julgamento do caso Crawford (já citado anteriormente), o entendimento da referida Corte é no sentido de verificar o conteúdo da declaração, se de natureza testemunhal ou não ("testimonial" ou "nontestimonial"), para poder admiti-la como prova, independentemente do grau de *confiabilidade* de tal declaração. Ou seja, havendo uma declaração incriminadora testemunhal, esta só poderia ser admitida caso o acusado tivesse a oportunidade de confrontar.[36]

Desta forma, com esta nova interpretação, o direito ao confronto afastou-se da "hearsay rule", tendo sido assegurada a sua natureza de direito fundamental de forma a garantir ao acusado proteção contra práticas inquisitivas e abusos na persecução penal. Portanto, a interpretação dada a tal direito não deve se pautar pelas exceções legais à regra de proibição do "hearsay".[37]

Assim, o "right of confrontation" aplica-se quando a fonte de prova é um ser humano[38] que faz uma declaração com natureza testemunhal ("testimonial")[39], enquanto que a "hearsay rule" tem aplicação sobre os demais testemunhos indiretos, sejam aquelas provenientes de declarações de fonte pessoal com natureza "nontestimonial", sejam outras hipóteses de testemunhos indiretos previstos na "Federal Rules of Evidence".[40]

---

34 Friedman, 1998: 1011-1043; Jonakait, 1988: 622.

35 Malan, 2009: 96-97.

36 Friedman, 2004a: 1-30. Cf. Mesquita, 2011: 403-404, nota 79.

37 Malan, 2009: 97. Para este autor, *"pode se afirmar que o âmbito de incidência do right of confrontation (declarações testemunhais incriminadoras) é, por um lado, mais restrito do que a hearsay rule (testemunhos indiretos em geral). Por outro lado, a cláusula do confronto oferece proteção mais intensa ao acusado, pois, ao contrário da hearsay rule, ela não pode ser restringida em razão da confiabilidade do testemunho indireto".* Cf. Friedman, 2004a: 1-30; Friedman, 1998: 1013.

38 Malan, 2009: 79. Friedman, 1998: 1026.

39 Friedman, 2004a: 1-30.

40 Cf. nota supra 24.

2.3. Direito ao confronto x contraditório

Antes de ingressarmos na análise do tratamento dado pelo TEDH, é importante estabelecer uma diferenciação entre o direito ao confronto e o contraditório.

O direito ao confronto é um direito que só pertence ao acusado, enquanto que o contraditório é de titularidade de ambas as partes processuais. Conforme alguns apontamentos trazidos por Diogo Malan [41], do ponto de vista da aplicabilidade, o confronto relaciona-se com os atos processuais de produção de prova derivada de fonte pessoal, ao passo que o contraditório, a par da sua aplicação à produção de prova oral, também se aplica aos demais atos da instrução (p. ex., produção de prova documental e pericial) ou a outras fases processuais (alegações finais, p. ex.).

Nesse sentido, interessante o parecer 18/81, da Comissão Constitucional, de relatoria de Figueiredo Dias[42], que embasou a decisão de inconstitucionalidade do artigo 439.º, do CPP/1929[43], do Conselho da Revolução (Resolução 146-A/81), concluindo que o contraditório não se limita a regular os meios de prova oral apresentados pela parte contrária. Tanto é que, no tocante à prova documental ou pareceres de peritos, é possível a sua admissão e nem por isso se considera violado o contraditório pela falta de inquirição cruzada daquele que os elaborou[44].

Daí dizer-se, pois, que o contraditório tem uma amplitude maior na sua aplicação relacionado com a natureza dos atos probatórios e com as fases do procedimento, ao passo que o direito ao confronto fica com a aplicabilidade restrita aos atos de produção da prova oral incriminadora, em que também tem incidência do contraditório.[45]

Concordamos com Diogo Malan quando afirma que, muito embora o contraditório tenha uma incidência mais ampla, o direito ao confronto (relativo

---

41 Malan, 2009: 98-104.

42 Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_16.pdf. Acesso em 26 abr. 2016.

43 A norma do referido artigo autorizava a transmissibilidade das declarações anteriores à fase de julgamento com a possibilidade de utilização e valoração pelo julgador.

44 Parecer 18/81: 96. O fundamento base da declaração de inconstitucionalidade foi a violação ao artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e não a violação do contraditório (artigo 32.º, n.º 5).

45 Malan, 2009: 104.

aos atos de produção da prova oral especificamente) fornece uma proteção mais intensa do que aquele, diante de todos os corolários decorrentes deste último.[46]

Portanto, o direito ao confronto, na sua vertente do direito de interrogar (ou fazer interrogar) as testemunhas de acusação[47], não decorre do contraditório, tampouco se confunde com ele[48]. Este último, além de não se restringir aos meios de prova pessoal, concede às partes uma "ampla e efectiva possibilidade" de discutir o elemento de prova contra si dirigido antes de qualquer decisão do juiz, considerando-se satisfeito, para parte da doutrina, com a mera audição da parte sobre o elemento já produzido.[49]

Assim sendo, o direito ao confronto afasta-se do contraditório sobre o elemento de prova ("contraddittorio sull'elemento di prova"[50]), tendo em vista que, neste caso, será apenas oportunizado ao acusado manifestar-se sobre o elemento de prova já produzido (de forma diferida), cuja produção da prova não contou com sua participação e, portanto, ficará inviabilizado de confrontar momentaneamente qualquer elemento produzido. Em contrapartida, é possível afirmar que o direito ao confronto tem uma relação mais próxima com a conceção do contraditório para o elemento de prova[51] ("contraddittorio per l'elemento di prova"[52]), uma vez que o acusado participa efetivamente na produção de prova, estando presente no momento da colheita de um depoimento testemunhal (contraditório forte).

Nada obstante, um não exclui o outro; pelo contrário, direito ao confronto e contraditório complementam-se, porquanto este assegurará ao acusado a possibilidade de se manifestar sobre "(i) elementos de prova de outra natureza (pericial ou documental) produzidos; (ii) a prova oral já produzida, em sede de alegações finais; (iii) a valoração do resultado da prova efetuada pelo juiz, em sede recursal."[53]

---

46 Malan, 2009: 104.

47 Sem esquecer os outros corolários, vistos nos itens anteriores, que asseguram o efetivo exercício deste direito.

48 Parecer 18/81: 96.

49 Parecer 18/81: 97.

50 Ubertis, 2009: 40.

51 Malan, 2009: 103.

52 Ubertis, 2009: 40.

53 Malan, 2009: 104.

3. ANÁLISE DO DIREITO AO CONFRONTO PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu artigo 6.º, n.º 3, *d)* prevê o direito do acusado de "interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação (...)"[54]. Como visto, tal dispositivo tem inspiração no modelo do *common law*, notadamente no direito anglo-americano que consagrou o direito ao confronto em sua Constituição, parecendo ter como objetivo assegurar um caráter adversarial ao processo[55], em particular pela ideia do "fair trial"[56], previsto no topo do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH (direito a um processo equitativo), do qual o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas é corolário.[57]

Ocorre que isso não significa que o TEDH obrigue os Estados Partes a adotar um modelo adversarial, seja na produção da prova oral, seja na exclusão das provas quando não submetidas ao confronto[58], podendo-se dizer que o TEDH, apesar de se aproximar de um modelo adversarial, relativiza diversas regras do seu procedimento.[59]

O TEDH, frequentemente, sustenta que cabe às legislações internas de cada país disciplinar sobre as questões de admissibilidade da prova[60], não devendo a Corte imiscuir-se em tais matérias, mas apenas avaliar se a prova apresentada contra o acusado e o procedimento em geral atendem ao "fair trial".[61] Assim, a

---

54 Na versão inglesa, "everyone charged with a criminal offense has the right to examine or have examined witnesses against him".

55 Badaró, 2014: 181 e Summers, 2007: 137. A última autora afirma que em razão dos diferentes ordenamentos jurídicos europeus, a norma do artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH se tornou um dos mais controvertidos da Convenção.

56 Caso do TEDH *Schatschaschwili c. Alemanha*, n.º 9154/10, de 17 de abr. 2014; caso do TEDH *Taxquet v. Belgium*, n.º 926/05, § 84, de 16 de nov. 2010. Disponível em www.echr.coe.int.

57 Mesquita, 2011: 422.

58 Badaró, 2014: 181.

59 O grande problema enfrentado pelo TEDH é que possui sob sua jurisdição diversos países com sistemas processuais bem diferentes e a Corte precisa de buscar um *standard* mínimo de aplicação de um direito probatório europeu, assente sempre na noção de um processo equitativo.

60 É o que a Corte de Estrasburgo entende por "margem de apreciação" nacional. Para mais detalhes sobre esse assunto, cf. Cakmak, 2006: 18-29 e Yourow, 1988: 111-160.

61 *Summers,* 2007: 133-134. Caso do TEDH *Schatschaschwili c. Alemanha*, de 17 abr. 2014; Caso do TEDH *Windisch c. Áustria*, de 27 set. 1990; Caso do TEDH *Doorson v. Holanda*, de 26 mar. 1996; Caso do TEDH *Lucà v. Itália*, de 27 fev. 2001; Caso do TEDH *Perna v. Itália*, de 6 maio 2003. Disponível em www.echr.coe.int. Conforme Badaró, a Corte Europeia já se manifestou no sentido de que o seu papel não é o de se pronunciar quanto à possibilidade do depoimento de uma testemunha ter sido corretamente admitido

Corte considera que o direito ao confronto deve ser analisado dentro de uma perspectiva mais ampla de um processo equitativo previsto no artigo 6.º da CEDH.

Para Richard Friedman[62], a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não tem qualquer similitude com a "hearsay rule", até mesmo pelo facto de a maioria dos países signatários da Convenção não possuírem uma "hearsay law". Porém, em suas previsões do artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, *d),* adotaram o direito ao confronto. Tal direito de confronto é analisado sob uma perspectiva processual[63], e não apenas uma questão probatória, uma vez que se relaciona com o procedimento adequado para que uma testemunha dê o seu depoimento contra o acusado.[64]

O conceito de testemunha adotado pelo TEDH é amplo, não se limitando àquelas pessoas que depõem em juízo, mas também todas que prestam declarações também em fases preliminares, incluindo em investigações.[65] Note-se, pois, que o essencial para a Corte é a capacidade de tal declaração ser valorada pelo juiz na sentença condenatória.

Há quem diga que, apesar de o TEDH não fazer uma diferença entre declaração incriminadora testemunhal ("testimonial") e outras formas de "hearsay", todos os casos julgados pela Corte sob a análise do artigo 6.º da CEDH envolveram declarações dadas em fases anteriores perante a polícia, Ministério Público ou juiz da instrução, as quais se assemelham com a de natureza "testimonial", conforme interpretação delineada no caso Crawford, julgado pela Suprema Corte norte-americana.[66]

Em regra, o TEDH entende que a prova deve ser produzida numa audiência pública, na presença do acusado, com base num modelo adversarial, ou seja, a defesa deve confrontar as testemunhas em juízo oral, público e contra-

---

como prova, mas o de verificar se o processo como um todo, incluindo a maneira em que a prova foi tomada, era justo (2014: 181).

62 Friedman, 2004a: 13-14.

63 Mesquita, 2011: 428

64 Friedman, 2004a: 15.

65 Caso do TEDH *Kostovski c. Países Baixos*, de 20 nov. 1989. Disponível em www.echr.coe.int.

66 O´Brian, 2005: 15. Para o autor, após o julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Crawford*, deu-se uma nova interpretação e significado independente à cláusula do direito ao confronto, diversa da que até então era dada, sendo consistente com o entendimento dominante do TEDH referente à análise do artigo 6.º da CEDH (2005: 30). Para mais detalhes de declarações "testimonial" e sobre o caso referido, ver capítulo anterior do presente trabalho.

ditório (caso *Ash c. Áustria*, de 26 abr. 1991; caso *Cardot c. França*, de 19 mar. 1991).[67]

No entanto, a própria Corte faz uma ressalva e admite a utilização de provas no julgamento, apesar de produzidas em fases inquisitórias, desde que tenha sido dada à defesa a oportunidade adequada e suficiente de confrontá-las, seja na produção destas declarações, seja em momento posterior[68].

Esta ressalva é tão comumente aplicada pela Corte que uma parte da doutrina aduz que, atualmente, apenas excepcionalmente em alguns casos pontuais é que se segue o entendimento de que toda a prova deve ser produzida em audiência oral, pública e perante um juiz imparcial, prevalecendo dentro da Corte a ideia de que, para cumprir a norma do artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH, basta providenciar uma oportunidade adequada ao acusado para confrontar a prova, seja antes ou durante a fase de julgamento.[69]

A noção de contraditório, portanto, aceita pela Corte de Estrasburgo é um contraditório sobre o elemento de prova ("contraddittorio sull'elemento di prova"), e não um contraditório na formação do elemento de prova ("contraddittorio per l'elemento di prova")[70]. Em outras palavras, o primeiro refere-se a um contraditório fraco ou diferido, uma vez que o acusado não estará presente no momento da produção da prova, podendo apenas reagir e confrontar esta prova num momento posterior, enquanto que o segundo é a efetiva participação do acusado na produção de prova, uma vez que estará presente no momento da colheita de um depoimento testemunhal, por exemplo (sendo denominado de contraditório forte).

---

67 Kirst, 2003: 785. Ver também o caso do TEDH *Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha*, de 6 dez. 1988, §§ 78. Disponível em www.echr.coe.int.

68 *Lucà c. Itália*, de 27 fev. 2011; Caso do TEDH *Solakov c. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, de 31 out. 2001; Caso do TEDH *Kostovski c. Holanda*, de 20 nov. 1999; Caso do TEDH *SN c. Suécia*, de 02 jul. 2002; Caso do TEDH *Asch c. Áustria*, de 26 abr. 1991; Caso do TEDH *Isgrò c. Itália*, de 19 fev. 1991. Disponível em www.echr.coe.int.

69 Summers, 2007: 145-146. A autora conclui que a decisão no caso *Cardot c. França* é excecional dentro da Corte. No referido caso, entendeu-se que, para atender os requerimentos de um processo justo e a paridade de armas, as testemunhas devem ser ouvidas no julgamento e sob a perspetiva de um processo adversarial porque, assim, o juiz poderá analisar o comportamento da testemunha examinada e formar a sua própria impressão de credibilidade desta. Ressalta-se que a Corte, neste caso, mesmo tendo o acusado confrontado a testemunha na fase anterior ao julgamento, entendeu que esta deveria ter sido chamada a depor em juízo oral e público, seguindo um processo adversarial.

70 Distinções feita pela doutrina italiana. Cf. Ubertis, 2009: 40.

O TEDH, no que se pode considerar seu "leading case", no caso *Unterpertinger c. Áustria*[71], apreciou a possibilidade de utilização para condenação de declarações de duas testemunhas na fase de investigação, em que a defesa não interveio e as testemunhas não foram ouvidas em julgamento. A princípio, o TEDH entendeu que a utilização de tais declarações não viola, automaticamente, o artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH, desde que estas não sejam o embasamento exclusivo ou preponderante para a condenação. No caso acima aludido, entretanto, entendeu-se pela violação, em razão das declarações terem sido decisivas para a condenação dos acusados.

São adotados alguns critérios pelo Tribunal, em que (i) se verifica se houve um processo equitativo ("fair trial") na perspectiva do procedimento como um todo, (ii) não se adota uma proibição abstrata da prova e (iii) se aprecia o relevo da prova na condenação do acusado.[72]

Conforme visto acima e também se analisará de forma detalhada adiante, o TEDH tem entendido que é possível a utilização de declarações feitas numa fase pré-processual ("hearsay witness"), desde que o acusado tenha tido a possibilidade de questionar tais depoimentos, quer no momento da produção da declaração, quer em momento posterior e, assim sendo, não haveria violação da referida norma.[73] Isto porque, dando ao acusado uma ocasião "adequada e suficiente" para discutir um testemunho contra ele, as declarações dadas em fases anteriores ao juízo oral não lesionam o direito ao devido processo se puderem ser submetidas ao contraditório.[74]

Alinhado a tal fundamento, o Tribunal de Estrasburgo aplica uma regra chamada de "sole or decisive rule"[75], na qual se entende que uma condenação

---

71 Caso do TEDH *Unterpertinger c. Áustria*, de 24 nov. 1986, §§28-33. Disponível em www.echr.coe.int. Trata-se de um caso de violência doméstica em que a esposa do acusado e a sua enteada se recusaram a depor contra ele no julgamento, sendo utilizadas as declarações dadas em fase policial, que serviram de base para condenação.

72 Mesquita, 2011: 424. Quanto à conclusão de que o TEDH avalia o peso das declarações não submetidas ao confronto na condenação do acusado para verificar se o direito ao confronto foi violado, cf. Vanderpuyet, 2010: 551.

73 Caso do TEDH, *Unterpertinger c. Austria*, §31, de 24 nov. 1986; Caso do TEDH *Kostovski c. Holanda,* §41, 20 nov. 1989; *Lucà c. Italia*, §47, 27 fev. 2001; *Asch c. Austria*, §20, de 26 abr. 1991; *Saïdi c. França,* §43, de 20 set. 1993. Disponível em www.echr.coe.int.

74 Alcácer Guirão, 2013: 4.

75 Essa regra é objeto de críticas. Para tanto, ver Summers, 2007: 140-143 que afirma que para se assegurar o "fair trial" é essencial que todas as testemunhas de acusação sejam confrontadas pelo acusado, ou ao menos que se lhe dê a possibilidade para isso, independentemente de o depoimento ser decisivo ou único para a condenação. Ademais, aduz que a regra do "sole or decisive rule" é contrário aos objetivos

não pode ser fundamentada exclusivamente ou de forma preponderante num depoimento prestado em fase extrajudicial, cujo acusado não teve a chance de confrontar.[76]

No caso *Lucà v. Itália*, sentença de 2001, citado em diversos outros julgamentos, o TEDH fixou a orientação de que, por vezes, os juízes precisam de se valer de declarações prestadas em fase anterior ao julgamento, salientando que basta dar ao acusado a possibilidade de confrontar em algum momento. Entretanto, quando a condenação se baseia de forma preponderante ou exclusiva em depoimentos que o réu não pode examinar ou fazer examinar na fase de investigação ou de julgamento, há clara violação do direito de defesa, sendo tal incompatível com as garantias dadas pelo citado artigo.[77]

A ideia, portanto, era que, em relação às declarações de testemunhas que fossem fundamento exclusivo ou preponderante de condenações criminais, acaso não fosse dada a oportunidade ao acusado de as questionar, automaticamente representariam uma violação ao artigo 6.º, n. 3, *d)*, da CEDH.

Ocorre que, no caso objeto do presente estudo, o TEDH fez uma nova interpretação do direito ao confronto ao permitir a utilização de declarações de testemunhas que não foram submetidas ao escrutínio do acusado e que foram consideradas como "sole or decisive rule", ou seja, em que a condenação se baseou de forma preponderante nelas.

A discussão na Corte Europeia foi acerca da possibilidade de utilização de mecanismos de contrabalanceamento ("counterbalancing factors") para justificar o uso de tais declarações no julgamento do acusado e se tais medidas são/foram suficientes para impedir uma violação do direito de confrontar as testemunhas quando se trata principalmente de declarações com peso grande para a condenação.

O primeiro julgamento realizado pela Câmara do TEDH no caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, o qual fora reformado posteriormente

---

do preâmbulo da Convenção e cria níveis de proteção diferentes entre prova documental e testemunhal, assim como entre sistemas que utilizam o exame das testemunhas no julgamento e sistemas que utilizam a fase anterior ao julgamento para o confronto com as testemunhas.

76 Caso do TEDH *Lucà c. Itália*, de 27 fev. 2001; caso do TEDH *Asch c. Austria*, de 26 abr. 1991; caso do TEDH *Saïdi c. França*, de 20 set. 1993; caso do TEDH *Kostovski c. Holanda*, de 20 nov. 1989; caso do TEDH *A.L. c. Finlândia*, de 27 jan. 2009; caso do TEDH *D. c. Finlândia*, de 7 jul. 2009. Disponível em www.echr.coe.int.

77 Caso do TEDH *Lucà c. Italia*, §40, de 27 fev. 2001. Disponível em www.echr.coe.int.

pela Grande Câmara ("Grand Chamber"), foi no sentido de não ser possível a utilização de declarações que não obedeceram à norma elencada na CEDH (artigo 6.º, n.º 3, *d)*).

Por outro lado, a Grande Câmara decidiu que mecanismos de contrabalanceamento no caso Al-Khawaja foram suficientes para impedir uma violação ao direito de examinar as testemunhas, entendendo de forma diversa quanto ao caso *Tahery*. Alguns aspectos do acórdão foram ressaltados pela doutrina[78] como sendo centrais para a análise da questão, quais sejam, (i) a regra conhecida como "sole or decisive rule" é absoluta?; (ii) podem mecanismos de contrabalanceamento evitar uma violação ao direito de examinar testemunhas quando suas declarações têm importância decisiva? e (iii) se existe uma boa razão para não comparecimento da testemunha em juízo?

Este novo entendimento levou o TEDH a negar a violação ao direito ao confronto, concluindo que, mesmo quando o acusado não teve a oportunidade de interrogar as testemunhas, é possível realizar uma ponderação das circunstâncias concretas em cada caso, desde que os órgãos judiciais introduzam medidas que compenssem o prejuízo imposto ao direito defensivo. Tal ponderação pode ocorrer, por exemplo, quando existam interesses concretos de necessidade de proteção da vítima ou da testemunha e os órgãos judiciais autorizam a ausência da vítima em juízo por temor a represálias, ou aceitam o anonimato do depoimento.[79]

No próximo capítulo, veremos especificamente esta mudança de entendimento da Corte de Estrasburgo quanto ao direito fundamental do acusado ao confronto das testemunhas que depõem contra si, analisando o caso objeto de estudo e tecendo os comentários e críticas cabíveis.

4. COMENTÁRIOS DO CASO *AL-KHAWAJA E TAHERY C. REINO UNIDO*

Conforme comentado acima, no caso sob análise entendeu-se que não se pode aplicar a regra ("sole or decisive rule") de forma inflexível e que, apesar de as declarações anteriores ao julgamento ou extrajudiciais serem únicas, decisivas

78 Wilde, 2012: 157-182.

79 Alcácer Guirão, 2013: 11, referindo-se inclusive ao comentário feito pelo próprio TEDH no caso *Al-Khawaja e Tahery*, §37. Saliente-se que o TEDH não vinha aceitando uma condenação com base unicamente ou de forma preponderante em testemunhos anónimos, mesmo quando utilizados mecanismos de compensação para diminuir os prejuízos defensivos. Caso *kostovski c. Holanda*, §44, de 20 nov. 1989 e caso *Visser c. Holanda*, §55, 2002 (este último indicado pelo autor citado nesta nota).

ou preponderantes na sentença condenatória, não há uma violação automática do artigo 6.º, n.º 1.[80]

Isto levou à conclusão, por alguns, que o TEDH, alterando substancialmente a posição anterior da jurisprudência, vem sustentar que a regra do "sole or decisive rule" deixa de ostentar a condição de regra e passa a ser considerado um princípio, passível, pois, de ponderação com outros interesses no caso concreto. [81]

Assim, diferentemente do sustentado pelo TEDH em casos anteriores, como *Lucà v. Italia*, o Tribunal assenta o critério de que, quando uma condenação está baseada unicamente ou de modo decisivo em elementos de prova decorrentes de testemunhas ausentes, a impossibilidade das declarações anteriores passarem pelo crivo da inquirição cruzada não gerará automaticamente uma violação ao direito de um processo equitativo, dependendo se no caso concreto existem "suficientes fatores de compensação, incluindo medidas que permitam uma justa e adequada avaliação da confiabilidade da prova". Esta permitiria que uma condenação se fundamente unicamente em tal prova somente se ela é suficientemente confiável dada a sua relevância para o caso" (§147, *Al-Khawaja e Tahery*, 2001).[82]

Visto que o Tribunal de Estrabargo já não considera a regra do "sole or decisive rule" como sendo de caráter absoluto, passaremos agora a outros fatores que foram considerados pela Corte, repetindo a indagação feita mais acima: "podem mecanismos de contrabalanceamento evitar uma violação ao direito de examinar testemunhas quando suas declarações tem importância decisiva?".

No contexto do direito de examinar testemunhas, tais mecanismos de compensação ou contrabalanceamento são métodos utilizados para verificar a credibilidade do depoimento de uma testemunha por meio diverso do exercício do direito ao confronto pelo acusado.

No caso *Al-Khawaja*, como visto no capítulo do enquadramento geral do caso, a questão levantada foi se as declarações prestadas pela vítima S (que

---

80 Caso do TEDH *Al-Khawaja and Tahery*, §§146 –147, de 15 dez. 2011.

81 Alcácer Guirão, 2013: 11.

82 Alcácer Guirão, 2013: 12. Após o julgamento do caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, a Corte julgou o caso *Ellis, Simms e Martin c. Reino Unido*, de 10 abr. 2012, que tratava do depoimento dado por testemunha anónima. Neste caso, a Corte utilizou como horizonte os critérios aplicados no *Al-Khawaja,* quais sejam, (i) se existe um bom motivo para manter em segredo a identidade da testemunha, (ii) se o depoimento dado pela testemunha anónima é utilizado na condenação de modo decisivo ou preponderante e (iii) se for decisivo ou preponderante, se foram utilizadas medidas compensatórias para permitir a correta e justa avaliação da credibilidade da testemunha (§§75-78).

faleceu antes do julgamento) perante a polícia poderiam ser lidas ao júri e, por conseguinte, valoradas no julgamento do acusado. Quanto ao caso *Tahery*, o problema levantado era se poderia ser admitida a leitura ao júri das declarações de T, dadas a um juiz e não ao júri (juiz natural daquele caso) sem a presença do acusado e, portanto, sem a possibilidade de confrontá-lo.

O TEDH estabeleceu alguns critérios para analisar a utilização de declarações anteriores, tais como: (i) se era necessário admitir tais declarações em cada caso; (ii) se a prova que não foi submetida a exame pelo acusado era única ou decisiva para a condenação e (iii) se existiram mecanismos de compensação, incluindo fortes garantias procedimentais que assegurassem um julgamento, como um todo, justo, conforme o artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, *d)*.[83]

No tocante à regra do "sole or decisive rule", verificamos acima que o TEDH alterou a sua jurisprudência para a considerar não mais como uma regra absoluta e que, no presente caso, as declarações prestadas sem confronto pelos acusados foram fundamentos únicos ou decisivos para as respectivas condenações.[84]

Quanto aos fatores de compensação, entendeu o Tribunal que o depoimento da vítima (caso *Al-Khawaja*) foi prestado à polícia de maneira formal. A credibilidade do seu depoimento foi verificada por ter contado a mesma versão a dois amigos logo após o evento criminoso e tais amigos terem deposto no julgamento. Ademais, o conteúdo do depoimento da vítima era similar ao de outra vítima do mesmo acusado e o júri foi devidamente alertado de que deveria ser dado menos peso a tal depoimento em razão da ausência de exame cruzado. Para o Tribunal, o júri foi capaz de avaliar de forma adequada e justa a credibilidade da vítima.[85]

Com relação ao caso *Tahery*, o tribunal entendeu que não foram utilizados mecanismos suficientes de compensação pela leitura ao júri do depoimento da testemunha T. Note-se que esta testemunha foi a única que presenciou a suposta agressão do acusado Tahery e, apesar do país recorrido (Reino Unido) ter sustentado que havia medidas de compensação ou contrabalanceamento suficientes, – eis que o acusado poderia trazer provas com o seu interrogatório ou trazendo outras testemunhas e que o júri foi advertido para levar em consideração a ausência da testemunha no momento do julgamento, – o Tribunal

83 Caso do TEDH *Al-kawaja e Tahery*, §152, de 15 dez. 2011.

84 Caso do TEDH *Al-kawaja e Tahery*, §154.

85 Caso do TEDH *Al-kawaja e Tahery*, §§ 155-157.

entendeu que não foram utilizadas medidas compensatórias suficientes para diminuir o prejuízo da defesa, porque o fato de o acusado negar a acusação não o torna capaz de testar a credibilidade da prova dada pela testemunha T por "cross-examination" e não seria possível trazer outras testemunhas em razão de não existir outras presenciais além de T.[86]

Quanto ao outro ponto central levantado anteriormente – "se existe uma boa razão para não comparecimento da testemunha em juízo?" –, o Tribunal também se debruça sobre tal questão e entende que isto deve ser apreciado antes mesmo de se saber se uma prova é única ou decisiva de uma condenação ("sole or decisive rule"). Mesmo quando uma prova decorrente de uma testemunha ausente no julgamento não é uma prova única ou decisiva, entende-se pela violação ao artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, *d)*, da CEDH, se não houver uma "boa razão" para não a apresentar a julgamento. A regra geral é assim a de que a prova testemunhal deve ser obtida em audiência durante o julgamento e todos os esforços devem ser feitos para assegurar a presença da testemunha.[87]

Diante do exposto, pode-se concluir que o TEDH assentou o critério de que a ausência de confronto não se opõe a um processo equitativo se no caso concreto existirem medidas que permitam uma correta avaliação da credibilidade da declaração da testemunha.[88]

5. CRÍTICAS AO JULGAMENTO REALIZADO PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Com esta decisão, na verdade, esvazia-se muito o conteúdo do direito do acusado de confrontar as testemunhas, como determinado na CEDH, uma vez que basta apurar-se a credibilidade das testemunhas por outro meio diverso do confronto que já seria suficiente para aceitar as declarações prestadas em fases anteriores à judicial como prova no julgamento do acusado. Em outras palavras, o que exige o TEDH dos órgãos judiciais já não são medidas que venham a compensar os "déficits da defesa" e que, apesar de diminuída a defesa, permitam um certo grau de confrontação, mas antes medidas que permitam assegurar "por outras vias a credibilidade das declarações".[89]

---

86 Caso do TEDH *Al-khawaja e Tahery*, §161-165.

87 Caso do TEDH *Al-khawaja e Tahery*, §120.

88 Alcácer Guirão, 2013: 11

89 Alcácer Guirão, 2013: 13.

O facto é que o direito ao confronto não se esgota em verificar a credibilidade ou confiabilidade das declarações testemunhais apenas, mas é muito mais amplo que isso, ao permitir ao acusado que participe na produção da prova, não podendo, pois, "por tal razón, (...) que pueda sencillamente ser substituida por otras formas de asegurar la fiabilidad de los testimonios sin conllevar a la vez uma considerable merma del derecho a um proceso equitativo".[90] Além do mais, como vimos, o direito ao confronto tem diversos outros corolários refletindo no direito ao acusado: "(i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal".[91]

A simples confiabilidade de um depoimento não é critério para determinar a admissibilidade de uma prova para se observar um processo justo à luz do direito ao confronto. Na verdade, a avaliação sobre a confiabilidade de um elemento de prova será um ato de valoração probatória que não pode ser antecipada para o juízo acerca da admissibilidade da prova.[92] O que se tem que garantir para tornar admissível uma prova é o respeito ao direito ao confronto, que tem como objetivo evitar que o acusado fique à mercê dos órgãos persecutórios do Estado quanto a declarações testemunhais produzidas em fases anteriores ao julgamento onde o acusado não teve possibilidade de participar na sua produção em um juízo oral, público e contraditório com a possibilidade de confrontar as testemunhas.[93]

Ao elencar os direitos no parágrafo 3.º do artigo 6.º, a CEDH pretendeu assegurar, minimamente e sob à luz do interesse da justiça, que tais direitos, entre eles, o direito ao confronto, são necessários para contrabalancear com o poder estatal acusatório, notoriamente mais forte. E realizar uma nova ponde-

90 Alcácer Guirão, 2013: 13.

91 Maffei, 2012: 37-43.

92 Friedman, 1998: 1027-1029; Malan, 2009: 97.

93 Malan, 2009: 97-98.

ração com os interesses da administração da justiça é, na verdade, conceder à acusação uma vantagem ainda maior.[94]

Conforme sustentado no voto dissidente, a Corte até então sempre protegeu um núcleo essencial mínimo do direito ao confronto com aplicação da regra "sole or decisive rule", mas com a decisão ora analisada abandonou por completo a aplicação do "right of confrontation".[95]

Ainda quando esta regra era aplicada sem possibilidade de relativização, havia críticas na doutrina com relação à permissão de utilização de declarações anteriores de testemunha que não fosse oportunizado ao acusado desafiá-la – mesmo que este não fosse o único ou decisivo para condenação –, pois as garantias estabelecidas no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH (direito ao confronto) são essenciais para assegurar o processo justo ("fair trial").[96]

E, ademais, para se assegurar a equidade do procedimento é necessário que a Corte apenas respalde a noção de contraditório forte ou aquele exercido na formação do elemento de prova ("contraddittorio per l'elemento di prova") e não aceite o contraditório sobre o elemento de prova ("contraddittorio sull'elemento di prova")[97] que posterga a oportunidade do acusado se manifestar sobre o elemento de prova para um momento posterior ao da produção (contraditório fraco ou diferido).

Nesse sentido, é importante dizer que o "right of confrontation" se identifica com o contraditório na formação do elemento de prova porque exige a presença do acusado no momento da produção deste elemento, permitindo que questione de pronto o que estiver sendo produzido.[98]

O contraditório serve para a formação da prova com a participação das partes que é dirigida ao juiz (receptor das provas produzidas para posterior

---

94 Voto dissidente do caso do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*. Nesse sentido, ver também O'Brian: 2005, 21-22.

95 *"O termo 'overall examination' é novo no contexto do artigo 6. É verdade que a Corte consistentemente avalia o impacto que a impossibilidade do acusado de confrontar as testemunhas tem para fins de verificar se o procedimento como um todo foi justo. De fato, a Corte reconhece que mesmo quando um elemento do direito de defesa é restringido, pode haver um contrabalanceamento e alcançar-se um procedimento justo. Mas numa visão holista (agora definida como 'an overall examination') para determinar se o procedimento foi justo, a Corte jamais sustentou que o procedimento justo pode ser alcançado se um dos direitos fundamentais são restringidos em sua essência" (trecho do voto dissidente do caso do TEDH Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido – tradução livre).*

96 Summers: 2007, 140-143.

97 Ubertis, 2009: 33-45.

98 Malan, 2009: 103-104.

julgamento da causa), sendo fundamental para a estrutura dialética do processo. Reconhece-se, pois, aos sujeitos processuais uma "participação constitutiva" na declaração do direito ao caso.[99]

A título de ilustração, a Itália possui um dispositivo constitucional semelhante ao artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH, que assegura ao acusado o direito de confrontar as testemunhas. Apesar de ter sido inspirado na CEDH, há dois aspectos que o diferenciam: um é porque determina que o acusado confronte as testemunhas "perante um juiz" e o outro é que substituiu a palavra "testemunhas" por "pessoas" para englobar todos aqueles que prestam declarações acusatórias[100] (muito embora se saiba, como já visto, que o conceito de testemunha adotado pelo TEDH é amplo).

O Código de Processo Penal italiano contém uma disposição que proíbe a leitura em juízo de declarações testemunhais colhidas durante a fase anterior aos debates (artigo 514), consagrando a inutilizabilidade de declarações extrajudiciais para valoração judicial (artigo 526). Assim, fora das hipóteses legais de permissão da leitura, as provas obtidas em investigações preliminares são inutilizáveis, pois não foram submetidas ao contraditório.[101] Segue a afirmar Paolo Tonini que o CPP italiano adotou o princípio do "relativismo probatório" no sentido de que um elemento de prova pode valer para uma fase processual e não para outra.[102]

Portanto, podemos dizer que andou bem a legislação italiana que consagra efetivamente o direito fundamental do "right of confrontation", valorizando o direito do acusado de confrontar as testemunhas de acusação e de contribuir para a produção da prova, caminho este que poderia ser seguido e exigido pelo TEDH para com os países sob sua jurisdição.

Não se pode olvidar que é regra, para a produção de provas de fontes pessoais (testemunhas e vítimas), que esta ocorra durante o processo. Assim, a colheita de declarações em fases anteriores serve apenas para fundamentar a admissibilidade da acusação e o juízo acerca de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias, pelo que se considera que as "provas" produzidas

99 Martins, 2014: 24.

100 Tonini, 2002: 25.

101 Tonini, 2002: 81.

102 Tonini, 2002: 81-82.

nesta fase, por serem repetíveis, deverão ser reproduzidas na fase processual[103], sob o crivo do contraditório (além de, claro, serem submetidas ao escrutínio do acusado especificamente quanto ao seu direito de confrontar as testemunhas), para poderem ser valoradas no julgamento.[104]

A Corte de Estrasburgo, ao permitir a utilização de provas produzidas sem o exercício do direito ao confronto pelo acusado, principalmente no tocante àquelas consideradas repetíveis, apenas as submetendo *a posteriori* a uma mera ciência e discussão, viola o direito de confronto do acusado previsto no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH. Antes da alteração de entendimento quanto à regra do "sole or decisive rule", apesar de não ser completamente satisfatória, ao menos protegia-se um núcleo mínimo deste direito ao não permitir que as condenações fossem baseadas exclusivamente ou de forma preponderante em provas não confrontadas pelo acusado[105]. Atualmente, esvazia-se completamente o conteúdo das garantias do artigo 6.º, n.º 3, *d),* da CEDH com a decisão proferida no caso *Al-Khawaja*.

Outrossim, como visto no capítulo 2.1, a Suprema Corte norte-americana, após, por longos anos, entender que o critério para se admitir uma declaração testemunhal feita em fase anterior ao julgamento era a credibilidade ("reliability") desta, alterou a sua jurisprudência, adotando o entendimento de parte

---

103 Em caso de provas não repetíveis, pela impossibilidade material de sua produção, há uma preocupação da doutrina em assegurar o contraditório (*e o direito ao confronto*) o máximo possível e portanto, exige-se uma análise mais detida sobre os motivos da impossibilidade da repetição na fase judicial das declarações extraprocessuais. Sendo assim, somente em situações absolutamente imprevistas é que se poderia permitir uma valoração dos elementos informativos, o que não ocorreria se o perecimento da prova, numa hipótese que poderia prever-se uma possibilidade real de perecimento, se desse por desídia dos órgãos responsáveis da persecução criminal e, neste caso, não se poderia utilizar o elemento informativo, conforme Zilli, 2014: 267.

104 Sousa Mendes, 2014: 48. Ambos, 2008. Neste sentido, Celso de Mello (Voto do Ministro no acórdão da AP 470/MG "Mensalão", fls. 54.050-54.052, referindo-se ao acórdão de sua relatoria sob a referência RTJ 161/264-266), ao sustentar que apenas a prova penal produzida em juízo pelo Ministério Público, sob a égide do contraditório, se reveste de "eficácia jurídica o bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório". Nada obstante, informa o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro que nada impede que os elementos informativos do inquérito possam ser levados em conta na formação do livre convencimento do juiz quando venham corroborar com outras provas produzidas sob o crivo do contraditório. E este último ponto é passível de críticas pela violação do direito ao confronto.

105 A razão de ser é que as provas não confrontadas pelo acusado não influenciarão o conteúdo da decisão condenatória, porque o juiz valorará preponderantemente apenas provas que foram submetidas ao escrutínio do acusado. Nada obstante, ainda assim, tal afirmação é sujeita a críticas, tendo em vista que o TEDH aceita uma noção de contraditório *fraco* ou diferido (aquele sobre um elemento de prova), como visto no decorrer do capítulo.

da doutrina,[106] para impedir que declarações com clara natureza testemunhal ("testimonial") possam ser valoradas pelo juiz no julgamento do acusado, sem que este tenha a oportunidade de exercer o seu direito ao confronto. Diversamente, portanto, de como, atualmente, o TEDH vem interpretando o referido direito do acusado no sentido de aceitar provas não desafiadas pelo acusado, mesmo sendo única para a condenação, com aferição de sua credibilidade, critério este que não é essencial à aplicação do direito ao confronto.

Mesmo sabendo que o TEDH possui jurisdição sobre diversos ordenamentos jurídicos, em que uns países adotam o sistema do *common law* e outros o do *civil law*, o direito ao confronto deve ser respeitado e aplicado, impedindo a valoração de declarações testemunhais incriminadoras quando o acusado não teve a possibilidade de confrontar tais declarações, independentemente da verificação ou não de sua credibilidade/confiabilidade.

Isto porque o direito ao confronto visa coibir a produção de declarações testemunhais ocultas e de forma unilateral, em razão do seu indiscutível caráter inquisitorial.[107] Reflete também a transparência do procedimento, em que se verificará que o depoimento testemunhal não será produto de coerção ou tortura.[108]

Além do mais, o "right of confrontation" permite ao acusado que explore a fragilidade de um depoimento testemunhal contra si prestado, realçando as contradições eventualmente existentes. Além disso desencoraja falsos testemunhos ou facilita a sua detecção mais facilmente, permitindo que o julgador da causa observe o comportamento da testemunha (suas expressões faciais ou a forma de falar), o que é importante para avaliar a credibilidade das declarações.[109]

---

106 Cf. Friedman, 2004a: 1-30. Conforme informação do próprio Autor, este artigo foi feito com base na petição por ele apresentada como *amicus curiae* no caso *Crawford c. Washington*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 2004.

107 Friedman, 1998: 1025-1026; Malan, 2009: 78. Neste ponto, é interessante notar opinião de Schünemann acerca de uma necessária reforma na fase de investigação preliminar, a fim de garantir à defesa uma efetiva influência na produção probatória e um controle de correção dos atos praticados nesta fase. Assim, dentre os princípios destacados pelo Autor aptos a garantir este equilíbrio entre os interesses estatais de persecução e o interesse da defesa, vale citar (i) a criação de uma nova instituição sem vínculo ao Ministério Público nem à justiça criminal, que atue em todas as investigações no interesse apenas defensivo ("proto- ou pré-defensor"), (ii) a gravação em vídeo de todas as inquirições das testemunhas, a fim de avaliar a fidedignidade dos depoimentos e (iii) a garantia ao advogado de um direito de inquirição própria privada das testemunhas (2012: 645-648). Com relação a críticas sobre a grande influência que as declarações dadas na fase de investigação têm na formação da sentença, cf. Schünemann, 2009: 451-483.

108 Friedman, 1998: 1025-1026.

109 Friedman, 1998: 1025-1026.

Por fim, tem um propósito simbólico, dado que um confronto face a face entre acusador e acusado é essencial para um processo criminal justo.[110]

Diante disso, fica clara a importância de assegurar o direito fundamental ao confronto previsto no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH que, muito mais do que permitir verificar a credibilidade de uma declaração, confere ao acusado uma proteção contra práticas inquisitivas e impede a proliferação de produção de testemunhos em segredo.

6. SOBRE A QUESTÃO DA TRANSMISSIBILIDADE DAS DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

No sistema processual penal português, que foi objeto de alterações pontuais nos últimos anos[111], – sendo a mais recente também sobre o tema da leitura de declarações anteriores, em 2013[112] –, a regra é a intransmissibilidade das declarações processuais, razão pela qual não valem para formação da convicção do tribunal provas que não forem produzidas em audiência[113] (artigo 355.º do Código de Processo Penal português, doravante denominado CPP português).

Entretanto, há algumas exceções estabelecidas nos artigos 356.º (declarações testemunhais: assistentes, partes civis e testemunhas) e 357.º (declarações do arguido) do CPP português.

Fora os casos em que é permitida a leitura de declarações com uma antecipação do contraditório (como é o caso das declarações para memória futura dos artigos 271.º e 294.º do CPP português e aqueles atos realizados como previsto nos artigos 318.º a 320.º do citado Código), as exceções resumem-se à permissão de leitura quando necessária para clarear a memória de quem depuser na audiência e não se recorda dos factos (artigo 356.º, n.º 3, *a)*) ou

110 Friedman, 2004b: 441-443.

111 Não se pode olvidar que o Código de Processo Penal de 1987, primeiro Código de Processo Penal da democracia portuguesa, veio com a exigência de trazer em seu bojo um modelo tipicamente acusatório, com a predominância de uma audiência de julgamento oral, pública e contraditória, restringindo a possibilidade de leitura de declarações anteriores. Tal código concretizou o parâmetro já trazido pela Constituição de 1976 sobre a previsão de um processo penal com estrutura acusatória. Para um maior desenvolvimento da evolução processual e as revisões no sistema português, Cf. Figueiredo Dias, 2014: 49-88 e Sousa Mendes, 2013: 1363-1387.

112 Lei n.º 20/2013, de 21.02.

113 Cf. Figueiredo Dias, 1974: 149-152. Para Marques da Silva, 2009: 217-218, com o Código de 1987, o contraditório assumiu grande importância na produção da prova que irá fundamentar a sentença judicial, conforme os termos do artigo 355.º do CPP português. Prossegue afirmando que, com a reforma trazida em 1987, o objetivo foi pôr fim à anterior estrutura do processo penal que combinava os sistemas inquisitório e acusatório.

quando houver contradições entre as declarações anteriores e as prestadas em audiência (artigo 356.º, n.º 3, *b)*). Saliente-se que, nestes casos, as declarações anteriores limitam-se àquelas prestadas perante a autoridade judiciária (Ministério Público[114] ou juiz).

No tocante à exceção acima, confrontando com a jurisprudência do TEDH, a legislação portuguesa tem maior restrição à leitura de declarações anteriores de testemunhas, tendo em vista que, enquanto esta somente permite a leitura quando haja discrepância ou contradições entre as anteriores declarações e as prestadas no julgamento[115], a Corte de Estrasburgo admite declarações anteriores pelo fato de a testemunha se encontrar na audiência, não se limitando à ocorrência de contradições entre os depoimentos[116]. E, ainda, pela legislação portuguesa, tais declarações anteriores são aquelas prestadas apenas à autoridade judiciária (Ministério Público ou juiz). Em sentido diverso, o entendimento do TEDH que admite, neste caso, inclusive aquelas prestadas em fases extraprocessuais.

Há ainda aqueles casos em que a testemunha está ausente por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura e, conforme o artigo 356.º, n.º 4, do CPP português, é permitida a leitura das declarações dadas perante a autoridade judiciária (Ministério Público e juiz).

Quanto a esta última exceção à permissão de leitura e valoração de declarações anteriores, ao que parece o ordenamento jurídico tem um caráter mais protetivo dos direitos do arguido, entre eles quais o direito ao confronto, do que a jurisprudência do TEDH[117], uma vez que esta Corte permite declarações extraprocessuais (e aqui se incluem declarações perante órgãos de polícia criminal) no caso de falecimento de testemunha, enquanto que a legislação portuguesa estabelece uma restrição de que tais declarações tenham sido prestadas perante a autoridade judiciária.

---

114 Vale informar que houve um alargamento no artigo 356.º, após a revisão de 2013, permitindo a leitura de declarações, nas situações especificadas, perante o Ministério Público, o que antes era permitido apenas ao juiz.

115 Para Damião da Cunha, 1997: 417-418, as declarações anteriores, nesse caso, só podem servir para "comprovar a veracidade" do depoimento prestado na audiência, e não como base para a formação da convicção do julgador. Cf. também Marques da Silva, 2006: 42.

116 Uma visão crítica sobre o caráter restritivo da legislação portuguesa, cf. Mesquita, 2011: 599-606 e notas 271, 273 e 274.

117 Caso do TEDH *Mika v. Suécia*, § 37, de 27 jan. 2009. Disponível em www.echr.coe.int.

Nada obstante, merece sublinhar, na esteira das críticas já tecidas ao longo desta pesquisa, que o tratamento dado pela legislação portuguesa deve ser visto com reservas. Isto porque, principalmente em relação à segunda exceção trazida no artigo 356.º, n.º 4, a restrição ao direito ao confronto e também ao contraditório[118] é muito forte em razão de o arguido não participar na produção da prova, tampouco poder "dialogar com elas" com eventuais esclarecimentos por parte da testemunha[119].

Neste ponto, vale ponderar que o TEDH, nos casos de indisponibilidade da testemunha, estabelecia o critério de que tais declarações não fossem fundamentos decisivos ou preponderantes para a condenação, mas que tal entendimento se alterou a partir do acórdão analisado no presente trabalho (*Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido*).

Mesquita, ao comparar as duas exceções, faz uma crítica no sentido de que há uma maior restrição das declarações anteriores quando a testemunha está presente em julgamento do que quando não comparece (e, neste último caso, as declarações, dependendo do preenchimento dos pressupostos legais, são admitidas e valoradas pelo julgador em sua plenitude). A razão da crítica é que a lesão aos princípios determinantes da formação da prova testemunhal é mais séria nesta última hipótese, seja pela ausência de confronto por parte do acusado, que fica alijado de "interrogar ou fazer interrogar", seja pela ausência de imediação, em que o tribunal "não estabelece um contacto sensorial com a fonte de prova, nem lhe pode colocar questões"[120]. No entendimento do autor, se a testemunha comparece em julgamento, não haveria razão para restringir a admissão dos depoimentos somente aos casos de avivamento da memória ou de contradições nos depoimentos, já que o arguido poderia realizar a inquirição cruzada relativa à anterior declaração.

Por fim, vale informar que quando o Ministério Público, arguido e assistente concordarem com a leitura, também esta será permitida, inclusive, neste caso, com a leitura de declarações prestadas também perante órgãos de polícia criminal [121].

---

118 Sobre a diferença entre os dois institutos, cf. item 2.3.

119 Cf. Costa Pinto, 2013: 191-192. Para o autor, entre as duas exceções destacadas no texto, as declarações prévias somente podem ser usadas como "a crítica da prova" para esclarecer dúvidas, discrepâncias ou avivar a memória, não podendo ser utilizadas na ausência dos declarantes por violação do contraditório (2013: 193). Neste sentido, cf. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012: nota 10.

120 Mesquita, 2011: 604.

121 Acórdão do Tribunal Constitucional n° 1052/96: "A exigência de um consentimento alargado ao Ministério Público, ao arguido e à defesa, para que a leitura das declarações seja possível não se apresenta

CONCLUSÃO

O "right of confrontation" é um direito fundamental do acusado de questionar/desafiar as testemunhas, ou melhor, todos aqueles que fazem uma declaração incriminadora contra o ele. Tal direito está consagrado em diversos instrumentos internacionais, entre eles a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Resumidamente, vimos a importância de a produção de prova ser realizada na presença do acusado, assegurando-lhe o direito de confrontar as testemunhas de acusação, e a celeuma em torno da utilização de declarações dadas em fase anterior ao julgamento na sentença condenatória.

Mais especificamente, tecemos críticas à postura adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, pelo esvaziamento do direito em tela ao permitir que condenações sejam fundamentadas em elementos não confrontados pelo acusado.

Isso porque, mais do que uma aferição de credibilidade de um determinado depoimento, o direito ao confronto impedirá práticas inquisitivas por parte do Estado com a produção de declarações em segredo para posterior utilização na fase de julgamento, em substituição dos depoimentos presenciais face a face com o acusado.

Assim, o novo entendimento adotado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos atinge o núcleo essencial do direito ao confronto e agride a estrutura acusatória do processo, violando direitos e garantias fundamentais do acusado, bem como a ideia de um processo equitativo, os quais deveriam ser protegidos pela Corte.

Cremos que todos as declarações anteriores das testemunhas devem ser consideradas inadmissíveis para fins de valoração judicial quando estas não comparecerem ao julgamento, a fim de que o juiz valore as provas produzidas em audiência na presença do acusado em igualdade de armas com a acusação. Só assim se pode atingir uma conceção de processo penal justo e com respeito pela dignidade humana do acusado.

---

como encurtamento ou restricção inadequada ou inadmissível das garantias de defesa, traduzindo-se, ao contrário, numa linha de concretização do princípio geral sobre a produção de prova em audiência constante do artigo 355.º, n.º 1, o qual visa essencialmente a garantia da posição processual do arguido."

BIBLIOGRAFIA

Alcácer Guirão, Rafael

2013 "La devaluación del derecho a la contradicción em la jurisprudência del TEDH", in *InDret* 4/2013, pp. 1-15,disponível em <www.indret.com> (acesso em: 18 nov. 2014).

Ambos, Kai

2008 *Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos),* tradução, notas e comentários sob a perspetiva brasileira de Marcellus Polastri, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Asimow, Michael

2007 "Popular culture and the adversary system", in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 40, pp. 653-686, disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol40/iss2/6> (acesso em: 25 mar. 2015).

Badaró, Gustavo

2014 "A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração", in *Revista eletrônica Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, ZIS n.º 4, pp. 177-188.

Beijer, Annemarieke, Cobley, Cathy & Klip, André

1995 "Witness evidence, article 6 of the European Convention on Human rights and the principles of open justice", in Phil Fennell,, Cristopher HARDING, Nico JORG & Bert Swart, (orgs.), *Criminal justice in europe*: *a comparative study,* Oxford: Clarendon Press, pp. 283-300.

Cakmak, Cenap

2006 "The problem relating to the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights", in *Review of International Law and Politics*, vol. 2, n.º 5, pp. 18-29.

Costa Pinto, Frederico de Lacerda da

2013 "Razão e finalidade na revisão de 2013 do código de processo penal", in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Coimbra, ano XIII, n.º 24/25, pp. 181-199.

Damião da Cunha, José

1997 "O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 7, pp. 403-443.

Figueiredo Dias, Jorge de

1974 *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

2014 "Por onde vai o processo penal português: por estradas ou por veredas?", in António Pedro Barbas Homem (coord.), *As conferências do Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra: Almedina, pp. 49-88.

Friedman, Richard

1998 "Confrontation: the search for basic principles", in *The Georgetown Law Journal*, vol. 86, pp. 1011-1043.

2004a "Face to Face: rediscovering the right to confront prosecution witness", in *The International Journal of Evidence and Proof,* vol. 08, pp. 1-30.

2004b "The confrontation clause re-rooted and transformed", in *Cato Supreme Court Review,* pp. 439-468.

2007 "Crawford, Davis, and way beyond", in *Journal of Law and Policy*, vol. 15, pp. 553-586.

2008 "The confrontation right across the systemic divide", in *Jackson, John, Langer, Máximo, Tillers, Peter (orgs.). Crime, procedure and evidence in a comparative and international context, essays in honour of Professor Mirjan Damaska,* Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 261-271.

Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2012 *Análise das propostas de revisão do Código de Processo Penal,* outubro 2012, nota 10, disponível em: <http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/IDPCC__Analise_das_propostas_de_revisao_do_Codigo_de_Processo_Penal_AR_19.10.2012.pdf> (acesso em 14 jul. 2015).

Jonakait, Randolph

1988 "Restoring the confrontation clause to the sixth amendment", in *University of California Law Review*, vol. 35, pp. 557-622.

Kirst, Roger

2003 "Hearsay and the right of confrontation in the European Court of Human Rights", in *Quinnipac Law Review,* Hamden, vol. 21, pp. 777-811.

Landsman, Stephan

1988 *Readings on adversarial justice*: the american approach to adjudication, St. Paul: West Publishing Company.

Maffei, Stefano

2012 *The right to confrontation in Europe*: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition revised and updated, Groningen: Europa Law Publishing.

Malan, Diogo Rudge

2009 *Direito ao confronto no processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

Marques da Silva, Germano.
2006 "Produção e valoração da prova em processo penal", in *Revista do CEJ*, n.º 4, pp. 37-53.
2009 *Curso de processo penal III*, 3.º ed., Lisboa: Editorial Verbo.
Martins, Joana Boaventura
2014 *Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento:* contributo para uma mudança de paradigma, Coimbra: Coimbra Editora.
Mesquita, Paulo Dá
2011 *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, Coimbra: Coimbra Editora.
Morgan, Edmund M.
1935 "Hearsay and non-hearsay", in *Harvard Law Review*, vol. 48, pp. 1138-1160.
O'Brian, William E.
2005 "The right of confrontation: US and European perspectives", in *Law Quarterly Review*, vol. 121, pp. 481-510, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1503966> (acesso em 23 mar. 2015).
Roxin, Claus
2009 "Sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal alemão. Tradução para português por Inês Fernandes Godinho", in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 385-398.
Schünemann, Bernd
2012 "Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º Milênio", in Luis Greco & Antonio Martins, (orgs.). *Direito penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012, São Paulo: Marcial Pons, pp. 631-648.
2009 "La policía alemana como auxiliar del Ministério fiscal: estructura, organización y actividades", tradução para espanhol por Mariana Sacher, Universidade de Munique, título original: "Die Deutsche Polizei als Gehilfe der Staatsanwaltschaft: Struktur, Organization und Tätigkeiten"), in Edgardo Alberto Donna (dir.), *Obras*, tomo II, Colección Autores de Derecho penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 451-483.
Sklansky, David Alan
2009 "Anti-inquisitorialism", in *Harvard Law Review*, vol. 122, pp. 1634-1704.

Sousa Mendes, Paulo de

2014 *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina, 2014.

2013 "A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento", in Armando Marques Guedes, *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp. 1363-1387.

Spencer, John R.

2014 *Hearsay evidence in criminal proceedings*, 2nd ed., Oxford and Portland: Hart Publishing.

Summers, Sarah

2007 *Fair Trials*: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Oxford and Portland: Hart Publishing.

Tonini, Paolo

2002 *A Prova no processo penal italiano*, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Ubertis, Giulio

2009 "Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo": riflessi sul processo penale italiano", in *Rivista di Diritto Processuale,* Padova, vol. LXIV (II serie), n.º 1, (Gennaio-Febbraio), pp. 33-45.

Vanderpuyet, Kweku

2010 "Traditions in conflict: the internationalization of confrontation", in *Cornell International Law Journal,* vol. 43, pp. 513-583.

Wigmore, John Henry

1904a "The history of hearsay rule", in *Harvard Law Review*, vol. 17, n.º 7, pp. 437--458.

1904b *A treatise on the system of evidence in trials at common law*. Boston: Little, Brown & Company, vol. 2.

1923 *A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common law,* 2.ª ed., Boston: Little, Brown & Company, vol. 3.

1940 *A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common law*, 3.ª ed., Boston: Little, Brown & Company, vol. 5.

Wilde, Bas de

2012 "A Fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases", in *International Journal of Evidence and Proof*, n.º 17, vol. 2, pp. 157-182, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2095538> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2095538>, (acesso em: 20 mar. 2015).

Yourow, Howard Charles
1988 "The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence", in *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, n.º 1, pp. 111-160.

Zilli, Marcos
2014 "O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de CPI", in Revista eletrónica *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, ZIS n.º 6, pp. 264-273.