

Princípio da Lealdade – provas obtidas por meios proibidos à luz da jurisprudência dos Tribunais Internacionais

Maria João Escudeiro

Princípio da Lealdade – breve introdução

O princípio da lealdade diz respeito tanto à produção de prova como à condução dos indivíduos no processo¹. Como refere Germano Marques da Silva “a lealdade não é uma noção jurídica autónoma, é sobretudo de natureza essencialmente moral, e traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça.”² “A atuação desleal como meio de investigação é sempre reprovável moralmente, embora nem sempre sancionada juridicamente.”³

Nos sistemas da *Common Law*, os Tribunais não têm regras de exclusão da prova, qualquer prova é admitida em julgamento, desde que tenha relevância.

Todavia, os Tribunais têm imposto regras que dizem respeito à voluntariedade com que os testemunhos e depoimentos são prestados. Isto significa que os testemunhos ou depoimentos prestados de forma involuntária ou sob meios coercivos são excluídos dos procedimentos criminais.

1 Albuquerque, Paulo Pinto de; 2007; p. 47.

2 Silva, Germano Marques da; 2000; pp. 66-67

3 *Idem*

Diferentemente, nos sistemas da *Civil Law*, as provas obtidas por meios proibidos não são necessariamente excluídas dos procedimentos criminais. Os Juízes devem verificar se existiu uma violação das normas criminais e se essa violação colocou em causa os interesses da parte.

A regra para excluir provas ilegais verifica-se em praticamente todos os sistemas, quer no sistema adversarial, quer no inquisitorial.

O sistema inquisitorial realça as questões processuais, o que significa que a prova será excluída se for obtida com violação das normas processuais de justiça.

Por seu lado, o sistema da *Common Law* realça principalmente as questões da segurança, logo, se os efeitos dos procedimentos são mais prejudiciais que o seu valor probatório, a prova não poderá ser admitida. Se a admissão da prova puser em causa a justiça do processo, também deve ser excluída, de acordo com o sistema da *Common Law*.

Também no âmbito deste princípio, é relevante analisarmos o parecer do TEDH sobre esta questão, designadamente como resolver a situação da existência de provas obtidas através de meios proibidos.

Provas Obtidas por Meios Proibidos

— Provas Obtidas por Meios Proibidos no TEDH

O TEDH tem várias decisões sobre esta temática porque muitos são os casos que chegam a este Tribunal. Iremos analisar alguns dos que se nos afiguram os mais paradigmáticos.

No caso Jalloh⁴, em 1993, quatro polícias à paisana viram o arguido, em duas circunstâncias diferentes, a retirar um saco da boca e entregá-lo a outra pessoa em troca de dinheiro. Acreditando que eram drogas, os polícias detiveram o arguido, mas não encontraram drogas. Pensando que se não agissem de imediato, iriam frustrar a investigação, levaram o arguido para um hospital para tomar uma substância que o fizesse vomitar. Como o arguido não tomou voluntariamente a substância, foi imobilizado pelos quatro polícias e o médico forçou-o a tomá-la através de um tubo ligado ao estômago. Para além disso, o médico injetou-o com uma substância derivada da morfina. Em consequência destas ações, o arguido regurgitou cocaína. O arguido afirmou que durante três dias só

4 TEDH, Jalloh v. Germany, Judgment, 11 July 2006.

comeu sopa e que durante duas semanas sangrou pelo nariz. Tendo em conta os factos, o arguido considerou que tinha sido sujeito a tratamento desumano, o que constitui uma violação do art.º 3.º da CEDH⁵. O TEDH deu razão ao arguido.

Num outro caso mais recente, o caso Gäfgen⁶, o arguido também considerou que o art.º 3.º da CEDH tinha sido violado, porque a sua confissão foi obtida através de meios ilegais. O arguido raptou um jovem de 11 anos, filho de um banqueiro, e em ordem a descobrir o paradeiro do menor, tendo em conta que a sua vida corria perigo, na hipótese de estar ainda vivo, devido às difíceis condições climáticas, foi ordenado ao guarda que ameaçasse o arguido com dor, mas de forma a não causar danos físicos. Todavia, o médico atestou que o arguido tinha sofrido danos físicos⁷. Conforme os dados apresentados, o TEDH considerou que tinha havido violação, por a confissão ter sido obtida de forma ilegal. Esta decisão do TEDH permite deduzir que a possibilidade de admitir prova indireta em que a prova primária foi obtida de modo ilegal não é admissível porque levaria a um julgamento injusto.

Uma outra decisão do TEDH, nomeadamente a opinião de dois dos seus magistrados no caso Al-Khawaja e Tahery, vai no sentido de considerar que se a origem da prova está inquinada, tudo o que daí derive esteja também “doente”. Estes magistrados afirmam que é a primeira vez que este Tribunal, sem que se verifiquem quaisquer novas e relevantes razões, diminui o nível de proteção. Sendo assim de grande preocupação o futuro da proteção dos direitos humanos na Europa⁸.

Resta-nos referir um caso muito recente, que tem sido alvo de destaque na comunicação social, por o indivíduo em causa ser considerado o braço direito de Bin Laden na Europa. O caso Othman⁹ foi analisado pelo TEDH e devido a essa decisão foi impedida a sua extradição do Reino Unido para a Jordânia, por Abu Qatada não ter um julgamento justo na Jordânia, uma

5 *dem*, §§ 11 a 18.

6 TEDH, Gäfgen v. Germany, Judgment, 1 June 2010.

7 *Idem*, § 20-22.

8 TEDH, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Judgment, 15 December 2011, p. 74. Este caso será alvo de análise mais à frente neste estudo, no âmbito do princípio da imediação.

9 TEDH, Othman v. United Kingdom, Judgment, 17 January 2012.

vez que algumas das provas usadas contra o clérigo poderiam ter sido obtidas através de tortura¹⁰.

Ainda dentro do princípio da lealdade, a figura jurídica do salvo-conduto é passível de análise.

A garantia do salvo-conduto foi – e ainda é ocasionalmente – usada para definir a segurança dada pela autoridade de um governo a um desconhecido, para que este possa entrar tranquilamente e voltar a sair do território sobre o qual o respetivo governo tem jurisdição ou controlo¹¹.

O salvo-conduto é um documento emitido por autoridades de um Estado que permite ao seu portador transitar por um determinado território, sem o perigo de ser capturado sob alegação de diversos motivos¹².

Muito recentemente, esta garantia foi alvo de análise pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Adamov¹³, tendo sido tomada uma decisão no mínimo polémica e que gerará muita controvérsia. A decisão foi tomada com quatro votos a favor e três votos contra, o que define bem a complexidade da questão em análise e do precedente que pode representar no Direito Criminal Internacional. É por este motivo que faremos uma análise exaustiva deste acórdão, tentando dimensionar as suas incomensuráveis consequências futuras.

10 *Idem*, § 25.

11 Um passaporte ou autorização de um estado neutro para as pessoas que estão autorizadas a ir e voltar em segurança e, por vezes, para levar certas coisas em segurança. De acordo com o uso comum, o passaporte é empregado em ocasiões ordinárias para permitir às pessoas circular, sempre que não exista qualquer razão para que elas não devam ir onde lhes aprouver. Diferentemente, o salvo-conduto é o nome dado ao instrumento que autoriza certas pessoas, tais como pessoas procuradas ou sobre as quais existem mandados de detenção, para irem a lugares onde não poderiam ir sem perigo, a menos que exista esta autorização do governo. Salvo-conduto é uma situação que se pode verificar em tempo de conflito internacional ou guerra, onde um estado ou uma das partes no conflito pode conceder um passe ou um documento para garantir que uma determinada pessoa possa entrar e sair do seu território sem medo de ser capturada. O intento é que a pessoa possa responder a questões geralmente fundamentais num outro processo.

12 Um exemplo desta garantia foi o “sealed train” de Lenine, que era um cidadão de um país (Rússia) em guerra com a Alemanha. Lenine foi autorizado a viajar do seu exílio na Suíça através da Alemanha, sem parar, para voltar para a Rússia. Esta situação sucedeu porque era do interesse da Alemanha, pois acreditavam que este facto iria desestabilizar a Rússia. Também na guerra do Vietname esta garantia foi muito utilizada, quer pelas tropas dos EUA, quer pelas tropas do Vietname.

13 TEDH, Case Adamov v. Suisse, 21 Juin 2011.

O requerente Adamov residia em Moscovo e, devido às suas funções de Ministro da Energia da Rússia, viu ser-lhe instaurado um processo pelos EUA, no ano de 2004. Em 2005, o requerente obteve um visto de autorização do Estado Suíço para que pudesse visitar a sua filha que residia em Berna. Também em 2005, a filha de Adamov foi acusada de branqueamento de capitais pelo Juiz de Instrução do Cantão de Berna. Adamov foi informado deste facto, mas a convocação oficial do Juiz de Instrução foi feita para a morada da arguida e para o seu advogado.

Assim, no âmbito da sua deslocação privada à Suíça, Adamov foi testemunhar a favor da sua filha no Tribunal Suíço. Durante o processo, o Tribunal Suíço contactou o Estado da Pensilvânia nos EUA onde decorria o processo contra o requerente. Na decorrência deste contacto, o Ministro da Justiça dos EUA solicitou que fosse feita uma detenção provisória para uma posterior extradição, tal como estava estatuído num acordo realizado entre estes dois Estados. Em consequência, foi emitido um mandado de detenção.

O requerente apresentou-se em Tribunal para testemunhar no caso da filha e ao ser questionado sobre o motivo da sua deslocação à Suíça, Adamov afirmou que fora por razões particulares. Pouco tempo depois, também a Rússia fez um pedido de extradição do requerente. O requerente foi detido para depois ser extraditado para os EUA ou para a Rússia que, neste caso, tinha prioridade, mas apresentou um recurso dessa decisão. Por decisão de 9 de junho de 2005, o Tribunal Criminal Federal Suíço suspendeu a ordem de extradição.

O recorrente que se tinha deslocado à Suíça de forma particular, mas que testemunhou, no processo penal contra a sua filha, afirmou que o aviso de audiência de 02 de maio de 2005 deveria ter sido dirigido de forma oficial e que, por isso, beneficiaria de proteção ao abrigo da cláusula de salvo-conduto, decorrentes da exigência de boa fé, também aplicada a uma pessoa ouvida como testemunha, que não tinha sido convocada formalmente e que se apresentou espontaneamente na Suíça para a audiência. Contudo, o recurso de Adamov nos Tribunais Suíços não foi aceite, nem os seus argumentos foram valorizados.

É com estes contornos que este caso chega ao TEDH, pois o requerente considera que foi violado o seu direito à garantia do salvo-conduto, porque não foi inquirido oficialmente para testemunhar e que a sua deslocação se deveu a motivos estritamente privados e comerciais¹⁴.

14 *Idem*, §§ 7-30.

O Estado Suíço não concorda com este argumento e considera que não foi violada a garantia de salvo-conduto. Existem vários textos legais que referem esta garantia, mas parece-nos importante referir o art.º 12.º da Convenção Europeia de Entreaajuda Judiciária em Matéria Penal de 20 de abril de 1959.

O TEDH e, adiantando já a decisão do Tribunal, considerou que Adamov não teria razão e que não tinha sido violada a garantia do salvo-conduto. Argumentou, afirmando que o requerente se deslocou livremente à Suíça, não tendo ido somente para testemunhar no processo da sua filha. Quanto à citação não ter sido realizada para o seu país de origem, o Tribunal afirma que esta foi elaborada quando o requerente já se encontrava na Suíça. Perante este facto, não existia necessidade de cooperação e não se aplicaria o direito inerente à entreaajuda judiciária¹⁵.

Contudo, como *supra* mencionado, este caso teve três votos vencidos e os três juízes decidiram fazer uma declaração de voto. Estes magistrados consideraram que o Estado Suíço utilizou um artifício para fazer o requerente deslocar-se à Suíça para depois procederem à sua extradição, não podendo este fazer-se valer da garantia do salvo-conduto.

Como referem os Magistrados vencidos, há que analisar os factos de forma cronológica e verificamos que o contacto do Juiz de Instrução do Tribunal Suíço foi realizado antes de Adamov sair da Rússia, mas só catorze dias depois é que foi emitido o pedido de extradição por parte dos EUA. Consideram que a citação não foi feita cumprindo os trâmites legais e que, por isso, o requerente estaria protegido por esta garantia¹⁶.

Parece-nos que este acórdão do TEDH abre um precedente muito perigoso, porque ao permitir esta situação corre-se o risco de as testemunhas deixarem de confiar nesta garantia quando se deslocam para depor em Tribunal. Esta decisão de deter Adamov com fundamento numa situação que nos parece, pelo menos, pouco clara, pode levar as testemunhas a temerem que a garantia que lhes é proporcionada não seja cumprida, simplesmente porque foi utilizado um subterfúgio para capturar a testemunha.

O futuro o dirá, fica a ressalva do precedente que esta decisão pode representar.

— *Provas Obtidas por Meios Proibidos no TPIJ e no TPIR*

15 *Idem*, § 67.

16 *Idem*, pp. 19-24.

De acordo com a Regra 95 dos Regulamentos Processuais de ambos os Tribunais *Ad-Hoc*, a prova não pode ser admitida “se for obtida através de métodos que acarretam dúvidas sobre a sua obtenção ou se a sua admissibilidade for antiética, desde que cause sérios danos à integridade dos procedimentos”.

O que se retira desta regra é que uma prova obtida através de métodos de pouca confiança é inadmissível, e não é necessário verificar-se mais nenhuma condição. A Regra 95 foi alterada em 1995, com base em propostas dos governos dos Estados Unidos da América e do Reino Unido¹⁷. A admissibilidade ou inadmissibilidade das provas não é mais uma questão de meios, mas de resultados. Antes da alteração, a regra tinha o mérito de desencorajar as violações dos direitos humanos na obtenção da prova *ab initio*. Tal como se encontra plasmado, hoje, na Regra 95, o Tribunal tem em conta todas as circunstâncias relevantes e só exclui a prova que cause graves danos à integridade do processo¹⁸.

De facto, a Regra 95 não exige uma exclusão automática da prova obtida ilegalmente¹⁹.

No caso *Delalic et al.*, o Tribunal de 1.ª Instância sustentou que:

“As declarações obtidas não voluntariamente, ou que parecem obtidas de forma voluntária, mas que na realidade foram conseguidas através de condutas opressivas, não podem ser admitidas de acordo com a Regra 95”²⁰.

Neste mesmo caso, o Tribunal de 1.ª Instância considerou que o incitamento para obter uma confissão não é uma razão suficiente para que a declaração

17 Second Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. U.N. Doc. S/1994/728, 23 August 1995. Com a alteração ver ICTY Doc. No. IT/32/Rev.6, 6 October 1995. O art. 69.º, n.º 7, al. b) do Estatuto de Roma é similar à segunda parte desta regra: “Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando: Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.”

18 Prosecutor v. Zigiranyirazo, Case No. ICTR-2001-73-T, 29 November 2006, § 13; Prosecutor v. Bizimungu Casimir et al., Case No. ICTR-99-50-T, 1 November 2006, § 12; 4 December 2003, § 29; Prosecutor v. Brdanin, Case No. IT-99-36-T, 3 October 2003, § 61.

19 Prosecutor v. Zigiranyirazo, Case No. ICTR-2001-73-T, 29 November 2006, § 13; Prosecutor v. Bizimungu Casimir et al., Case No. ICTR-99-50-T, 1 November 2006, § 12; Prosecutor v. Brdanin, Case No. IT-99-36-T, 3 October 2003, § 54.

20 Prosecutor v. Delalic et al., Case No. IT-96-21, 2 September 1997, § 41.

seja excluída²¹. No caso de crimes sexuais, o alegado consentimento da vítima não é permitido como defesa se estivermos perante ameaças ou situações coercivas²². Contudo, se o arguido conseguir provar ao Tribunal de 1.ª Instância que as provas relativas ao consentimento são relevantes e credíveis, as provas sobre o alegado consentimento das vítimas podem ser admitidas, segundo a Regra 96 (iii) de ambos os Tribunais.

Esta decisão é totalmente discricionária e compete ao Tribunal. O Tribunal de 1.ª Instância é composto por Juizes muito experientes, que se encontram perfeitamente aptos para lidarem com questões de prova, inclusivamente para lidar com os problemas da Regra 95²³.

Existem dúvidas sobre algumas das matérias que cabem no âmbito de aplicação desta Regra 95. Por exemplo, a questão das comunicações interceptadas durante um conflito armado não são logo excluídas da prova, devem ser admitidas em desafio a esta Regra 95²⁴. Outra situação diz respeito aos depoimentos prestados de forma não voluntária, ou seja, testemunhos obtidos através de meios opressivos. Esta prova não pode ser admitida de acordo com a norma referida. Se existem indícios de que foram utilizadas condutas opressivas na obtenção do depoimento, o ónus da prova recai sobre a parte que pretende ver a prova admitida que, assim sendo, tem de provar que o depoimento foi totalmente voluntário²⁵.

Ainda neste contexto, é difícil imaginar uma situação em que seja violado o direito fundamental de ser assistido por um advogado, que não leve a uma possível exclusão, de acordo com a Regra 95, o que facilmente pode causar prejuízos à integridade do processo²⁶.

É importante analisar uma outra questão, que se relaciona com a apreensão de documentos do arguido aquando da sua detenção. O mandado de detenção não permite a apreensão dos objetos que se encontrem na posse do indivíduo detido. Contudo, o Tribunal pode autorizar a sua admissibilidade, quando a detenção seja efetuada com a cooperação das

21 *Ibidem*, § 55.

22 De acordo com a Regra 96(ii) (B) de ambos os Tribunais *Ad-Hoc*: “No caso de crimes sexuais... o alegado consentimento não é admissível se a vítima... tiver sido sujeita a ameaças ou tiver razões para temer violência, detenção ou opressão psicológica”.

23 Prosecutor v. Milosevic, Case No. IT-02-54-T, 9 June 2005, p. 5.

24 Prosecutor v. Brdanin, Case No. IT-99-36-T, 3 October 2003, § 53.

25 Prosecutor v. Martić, Case No. IT-95-11-T, 19 January 2006, p. 6.

26 Prosecutor v. Zigiranyirazo, Case No. ICTR-2001-73-T, 29 November 2006, § 13; Prosecutor v. Delalic et al., Case No. IT-96-21-T, 2 September 1997, § 43.

autoridades dos Estados, e algumas das legislações nacionais permitem essa revista e consequente apreensão, tanto durante o ato de detenção como posteriormente²⁷.

Mas esta questão não é pacífica, pois um dos arguidos já a pôs em causa, afirmando que a acusação nem sequer solicitou a colaboração das autoridades locais, não tendo assim apoio na legislação nacional para efetuar a apreensão de objetos aquando da detenção²⁸. Nesta situação, o arguido não deve ser privado de uma completa defesa, por estar em causa uma alegada violação da soberania de um Estado²⁹. Contudo, para que a pretensão do arguido tenha sucesso, a defesa deve provar que a acusação estava obrigada a solicitar a cooperação das autoridades locais, mas também que esta não solicitação coloca sérias dúvidas sobre a credibilidade da prova ou que a sua admissão causaria sérios danos à integridade do processo³⁰.

Uma outra questão diz respeito às comunicações entre o advogado e o arguido que, em princípio, são consideradas privilegiadas e, por isso, não podem ser usadas em julgamento.

Neste âmbito, é importante analisar a problemática relacionada com o efeito à distância.

Quanto ao que mais nos importa, no âmbito dos Tribunais Penais Internacionais, o efeito à distância tem sido tratado em alguns casos, principalmente no TPIJ.

O alcance da Regra 95 do Regulamento Processual do TPIJ é muito vasto. No caso *Delalic*, o Tribunal

“considerou que todas as provas que sejam credíveis e tenham valor probatório são admissíveis. Para que uma prova seja considerada como credível deve relacionar-se com a matéria do processo em causa e tem de ter sido obtida sobre determinadas circunstâncias, que não deixem dúvidas sobre a sua natureza e qualidade e que não tenham violado quaisquer direitos fundamentais dos arguidos”.

Concretiza-se esta situação se a prova tiver sido obtida de acordo com os parâmetros da Regra 95 do Regulamento Processual, ou seja, através de métodos que não causem demasiados prejuízos à integridade dos

27 Prosecutor v. Muvunyi, Case No. ICTR-2000-52A-T, 26 April 2006, § 24.

28 Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, Case No. IT-98-34-A, 3 May 2006, § 238.

29 *Idem*.

30 *Idem*.

procedimentos. Não existem quaisquer dúvidas que os depoimentos obtidos de forma não voluntária, ou que somente, aparentemente, são obtidos de forma voluntária, mas que na realidade o foram através de métodos opressivos, não se enquadram na Regra 95 do Regulamento Processual. Um outro elemento que consta da Regra 95 é a integridade, que é a base de um julgamento justo.

No que diz respeito aos depoimentos dos arguidos, a acusação tem de provar de forma convincente e de forma a que não restem quaisquer dúvidas que o depoimento foi feito voluntariamente³¹. Ainda tendo em conta a Regra 95, há certas provas, tal como aquelas que foram obtidas numa busca policial³², durante uma investigação irregular^{33,34}, ou simplesmente se tiver existido uma violação do Regulamento Processual, que serão consideradas inadmissíveis. Assim, as irregularidades verificadas durante o processo serão suficientes para excluir as provas obtidas. Parece-nos que a Regra 95 é abrangente o suficiente para sancionar condutas incorretas ou negligentes dos investigadores, sendo ou não o Tribunal responsável pelos seus atos.

Contudo, numa decisão do TPIJ, no caso Delalic, afirmou-se que na opinião do Tribunal estaríamos perante um obstáculo muito perigoso para a administração da justiça, se as provas que fossem relevantes e com valor probatório não pudessem ser admitidas, somente devido a uma violação, de menor importância, das regras processuais, sendo que o Tribunal não está obrigado a aplicá-las. Neste caso, o Tribunal admitiu uma série de documentos como prova em nome dos interesses da justiça.

O Tribunal reservou-se o direito de exercer a sua discricionariedade na decisão de excluir provas, sempre que forem obtidas violando os direitos humanos³⁵.

Os criadores do Regulamento Processual escolheram especificamente não definir de forma automática a exclusão de provas ilegalmente obtidas e optaram por deixar esta matéria para ser regulamentada pelas Regras 89 e 95. Torna-se óbvio que quer nos tribunais nacionais, quer nos tribunais internacionais, não é certo que uma prova obtida de forma ilegal seja, *a priori*, inadmissível.

31 Prosecutor v. Delalic et al., 2 September 1997, §§ 41-42.

32 Prosecutor v. Kordic and Cerkez, 25 June 1999.

33 Prosecutor v. Delalic et al., 25 September 1997, § 45.

34 Prosecutor v. Delalic et al., 16 November 1998, § 65.

35 Prosecutor v. Delalic et al., 9 February 1998, §§ 20, 21 e 23.

Há que ter em conta as circunstâncias da sua obtenção, assim como a sua credibilidade e a integridade que traz ao processo³⁶. Somente se estes pressupostos não se verificarem e se a obtenção ilegal trazer graves danos para o processo, ou violar os direitos fundamentais, é que deve ser excluída.

Finalmente, é relevante fazer uma abordagem sobre a questão do respeito pela garantia do salvo-conduto. Esta garantia foi um recurso utilizado em diversas decisões do TPIJ e do TPIR. Se ponderarmos bem o conteúdo desta garantia, verificamos que ela é fundamental para que certos indivíduos se predisponham a testemunhar em Tribunal. Muitas vezes, só com a garantia de que não serão detidas ou capturadas é que certas pessoas se apresentam em Tribunal.

O que sucedeu no caso Karadzic³⁷, no qual a Acusação solicitou ao Tribunal que concedesse a garantia de salvo-conduto à testemunha Momcilo Mandic³⁸. Esta testemunha já tinha beneficiado desta garantia em duas situações anteriores, mas de forma confidencial. O Tribunal considerou que a garantia de salvo-conduto é um instrumento de utilização comum no direito internacional e na prática deste Tribunal, onde se permite que seja concedida uma imunidade limitada em circunstâncias específicas, como é o caso³⁹.

No caso Gotovina também foi utilizada a garantia do salvo-conduto para permitir o testemunho de Kosta Novakovic. Este caso tem uma particularidade, porque primeiramente esta garantia foi concedida como confidencial, mas depois o Tribunal decidiu que não existiam motivos ponderáveis para que não fosse público⁴⁰. Para além destes casos, também no caso Delalic esta garantia foi concedida a oito testemunhas de um dos arguidos, Esad Landzo, que eram consideradas como suspeitas pela Acusação e que, somente se beneficiassem desta garantia, se deslocariam para depor em Tribunal⁴¹.

No TPIR esta garantia também foi utilizada no caso Nyiramasuhuko, onde a defesa pretendia que fosse concedida uma série de medidas de proteção

36 Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, 3 October 2003, §§ 28, 57 e 61.

37 Prosecutor v. Radovan Karadzic, Case No. IT-95-5.

38 *Idem*, 16 June 2010, § 1.

39 *Idem*, §§ 7-11

40 Prosecutor v. Gotovina et al., Case No. IT-06-90-T, 12 May 2009.

41 Prosecutor v. Delalic et al., Case No. IT-96-21, 25 June 1998.

a uma testemunha. Esta testemunha era considerada fundamental para o processo, mas tinha uma situação bastante complexa, pois para além da garantia de salvo-conduto, residia na Bélgica e o Estado Belga já tinha emitido uma ordem de expulsão que ainda não tinha sido concretizada.

O Tribunal negou parte das pretensões da defesa, mas concedeu a garantia de salvo-conduto, com a ressalva de que a testemunha não poderia usar o motivo de doença para se manter na Tanzânia, e se praticasse algum ato ilícito durante esse período também não poderia invocar esta garantia⁴². Finalmente, no caso Nzirorera, verifica-se também uma especificidade, pois o arguido pretendia que a garantia de salvo-conduto não se limitasse aos crimes que se encontravam sob a jurisdição do Tribunal. O Tribunal não concordou e rejeitou o pedido da defesa⁴³.

— *Provas Obtidas por Meios Proibidos no TPI*

A problemática do efeito à distância é uma das questões mais relevantes neste âmbito. Esta matéria surge nos casos em que a obtenção de uma determinada prova torna possível a descoberta de novos meios de prova contra o arguido ou contra terceiro. Assim, cabe questionar se a proibição de valoração que eventualmente inquiere a prova primária ou direta se comunica, e em que medida, às provas secundárias ou indiretas, impondo a sua exclusão em cadeia. Como facilmente se representará, o problema ganha particular relevo prático-jurídico nas hipóteses frequentes em que a realização de buscas, apreensões, exames, detenções... ou o recurso a métodos proibidos de prova, como a tortura, levam o arguido a comprometedoras declarações autoincriminatórias.

A priori, a prova proibida contamina a restante prova se houver um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre elas.

A regra para excluir provas ilegais verifica-se em praticamente todos os sistemas, quer no sistema adversarial, quer no inquisitorial. O sistema inquisitorial realça as questões processuais, o que significa que a prova será excluída se for obtida com violação das normas processuais de justiça. Por seu lado, o sistema da Common Law realça principalmente as questões da segurança; assim, se os efeitos dos procedimentos são mais prejudiciais que o seu valor probatório, a prova não poderá ser admitida. Se a admissão

42 Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Case No. ICTR-97-21-T, 17 June 2005.

43 Prosecutor v. Karemera et al., Case No. ICTR-98-44-T, 24 March 2009.

da prova puser em causa a justiça do processo, também deve ser excluída, de acordo com o sistema da *Common Law*⁴⁴.

A questão do efeito à distância não se encontra expressamente definida nos diplomas legais do TPI⁴⁵. Todavia, o art.º 69.º, n.º 7, do Estatuto de Roma prevê que não são admissíveis as provas obtidas com a violação do Estatuto. Neste sentido, parece que a prova primária obtida de forma ilegal contaminará a prova que dela deriva, mas como tudo o que não está tipificado na lei, esta interpretação é passível de alterações e adaptações caso a caso. Mais uma vez, ficará nas mãos dos juizes do TPI, que integrarão devidamente estas matérias e farão da sua jurisprudência pontos de partida para a concretização desta temática.

O TPI, no caso Bemba, defendeu que a concretização dos conceitos do art.º 69.º, n.º 7, deve ser determinado caso a caso. O Tribunal de 1.ª Instância considerou que a conjugação deste artigo com a Regra 71 do Regulamento Processual permite concluir que nenhuma prova é *per se* inadmissível⁴⁶.

44 Tal como refere Costa Andrade, esta questão é mais linear do lado da experiência americana. “Desde as primeiras décadas do século passado – mais precisamente desde os marcantes *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) e *Nardone v. United States* (1939) – vigora aqui, de forma tão pacífica como generalizada, o princípio do efeito à distância das exclusionary rules. Ou, na expressão cunhada pelo Justice Frankfurter, a fruit of the poisonous tree doctrine. Consensual é outrossim a fundamentação para que invariavelmente apontam os tribunais e tratadistas americanos quando se interrogam sobre a intencionalidade político-criminal que empresta racionalidade teleológica a este regime. Apesar de tudo, a vigência desta doutrina no direito americano está longe de ser absoluta e irrestrita. Por vezes pode legitimar-se a valoração de provas secundárias sempre que elas foram ou poderiam ter sido obtidas por via autónoma e legal, à margem da exclusionary rule que impende sobre a prova primária. Tal, só ocorrerá nos casos em que a produção da prova secundária, por via independente e legal, se possa, em concreto, considerar iminente. Por outro lado, temos a experiência alemã que, num primeiro confronto, deixa sobressair a sua extrema complexidade. O que, à partida e ao contrário do que sucede com o direito americano, desaconselha o recurso a enunciados axiomáticos, tendencialmente generalizadores do género: o direito alemão não reconhece qualquer efeito à distância às proibições de prova. Com o passar dos tempos e contestando este entendimento, ganham cada vez mais peso na doutrina alemã ou autores que se pronunciam a favor de um efeito à distância das proibições de prova. Hoje, são sobretudo as soluções compromissórias ou mistas que vêm colhendo o aplauso maioritário dos autores alemães.” In Andrade, Manuel Costa de, 2006, pp. 170-182.

45 Khan, Karim and Others; 2010; p. 241.

46 Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, 3 May 2011, pp. 7-20.

Ponderando a garantia do salvo-conduto, hoje, no âmbito do TPI, esta garantia está prevista no art.º 26.º do Acordo realizado entre o TPI e a Holanda, o Estado que recebe o Tribunal⁴⁷. Julgamos que será o TPI quem mais poderá ser alvo das consequências da decisão do TEDH, porque o receio pode levar muitas pessoas a não se deslocarem ao tribunal.

Conclusões e ponderações

Hoje não se concebe o direito, a justiça, com a admissibilidade de provas obtidas de forma ilegal.

Mais complexa é a questão de saber se a prova proibida contamina a restante prova que com ela tenha alguma relação de dependência.

Será de admitir as provas que tenham valor probatório, mesmo na sua origem esteja uma prova obtida através de meios proibidos?

Por outro lado, no que diz respeito aos meios de obtenção de prova e o efeito à distância verifica-se, no sistema criminal internacional, uma aproximação ao sistema adversarial em detrimento de um sistema mais rígido que é o inquisitorial.

Quanto a esta matéria há uma maior flexibilidade na admissibilidade de prova tal como sucede no sistema adversarial.

O TPI aproxima-se do sistema inquisitorial, no qual o interesse da justiça é a procura da verdade dos factos e não só a prova da culpa do arguido.

Verifica-se que nestes Tribunais refletem-se ainda, ao nível dos seus Regulamentos Processuais, muitas características do sistema adversarial, principalmente, os Tribunais *Ad Hoc*, nos quais estas Regras foram elaboradas pelos magistrados, que na sua maioria advinham de Estados da *Common Law*.

Estes tribunais tentaram harmonizar as características de ambos os sistemas jurídicos de tal forma que criaram um sistema híbrido e harmonioso.

Devemos assim tentar ponderar as seguintes questões para reflexão:

- Será que faz sentido que não seja certo que uma prova obtida de forma ilegal seja, *a priori*, inadmissível?
- Será que devemos ter em conta as circunstâncias da sua obtenção, bem como a credibilidade que traz ao processo?

47 Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State, 1 March 2008.

- Até onde pode ir a discricionariedade do Tribunal com o fundamento de que se está a beneficiar os interesses da justiça?

Ainda que de forma muito sintética, parece-me que poderemos afirmar que somente se estes pressupostos não se verificarem e se a obtenção ilegal trouxer graves danos para o processo, ou violar os direitos fundamentais, é que deve ser excluída.

Mas até nesta afirmação podem surgir dúvidas. Vejamos, se, por vezes, tendemos a concordar com o Tribunal, como no caso Delalic em que foram admitidos certos documentos porque o Tribunal considerou que tinha existido somente uma violação de menor importância das Regras Processuais; por outro lado, questionamo-nos:

- (1) Qual a linha que delimita o que se entende por violação de menor importância?
- (2) Até onde pode ir a discricionariedade do Tribunal com o fundamento de que se está a beneficiar os interesses da justiça?