

**ANDERSON RODRIGO SILVANO**

**O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA  
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NO  
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2017**

**ANDERSON RODRIGO SILVANO**

**O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA  
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NO  
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2017**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Silvano, Anderson Rodrigo

O conteúdo do princípio nemo tenetur se detegere na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos / Anderson Rodrigo Silvano ; orientador Prof. Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho -- São Paulo, 2017.  
214 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito de não produzir prova contra si mesmo. 2. Nemo tenetur se detegere (Processo Penal). 3. Prova contra si mesmo - autoincriminação . 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. I. Gomes Filho, Prof. Dr. Antonio Magalhães, orient. II. Título.

---

Dedico este trabalho a minha mãe Helena e ao meu pai Antonio, seres iluminados que, com muito amor e cuidado, me ensinaram a sempre buscar ser melhor. A sua existência é o que traz felicidade em minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer é reconhecer que nenhum homem é capaz de realizar qualquer obra sozinho. É a capacidade de reconhecer um gesto de bondade, uma atitude de carinho, uma ajuda, um elogio, uma assistência, um presente, uma gentileza... tenho muitos a quem agradecer!

Acima de tudo, a Deus, a quem diuturnamente recorro, rogando sua proteção e guia nos meus passos e pensamentos pelos caminhos da vida.

Ao meu orientador, Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, pessoa por quem guardo o mais profundo respeito e admiração, por ter me dado a oportunidade de frequentar o curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por confiar no projeto de dissertação apresentado e pelo seu valor humano, sempre afável, gentil, respeitoso e disponível aos seus alunos.

Aos meus irmãos Regiane e Ederson, pelo apoio e incentivo constantes e determinantes para a conclusão deste estudo.

A todos meus professores que se dedicaram profundamente ao trabalho de participarem comigo em minha construção como sujeito; professores que estiveram comigo na pré-escola, no fundamental, no ensino médio, na graduação e na pós-graduação, em cursos como música, informática, idiomas e que de inúmeras outras formas que me ajudaram/ajudam com que eu me expresse. De alguma forma, levo comigo com um enorme carinho e respeito.

A base desta dissertação se firmou no meu caminho da pós-graduação, por isso agradeço imensamente a todos os debates proporcionados/mediados principalmente pelos meus grandes Mestres da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Marta Cristina Cury Saad Gimenes, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Antonio Scarance Fernandes, Maurício Zanoide de Moraes, José Raul Gavião de Almeida, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Alexandre de Moraes e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

A todos os colegas de turmas que passaram por mim, mas, especialmente, Francisco de Assis Garcia, Renan Barboza de Faria e Taimi Haensel, amigos de todas as horas, pela leitura atenta e crítica que possibilitou o aprimoramento do texto.

Aos meus queridos amigos Valdemar Rubens Marin, Sara Corrêa Fattori, Samira Mohammad Mughrabi, Carlos Eduardo Marques Gomes Junior, Fábio Carlos Ultramari e Gustavo Luigi Aguiar pelo apoio, carinho e inestimável ajuda com opiniões, correções e sugestões – todas acolhidas –, que contribuíram decisivamente para a versão final do presente trabalho. Sem suas respectivas ajudas, cada qual a sua maneira, os dias destinados à concretização deste trabalho seriam ainda mais longos.

Aos funcionários e bibliotecários da Velha e Sempre Nova Academia do Largo de São Francisco. Dentre os funcionários, um agradecimento especial deve ser feito ao meu precioso amigo Eduardo Maciel, por ter sempre uma palavra de apoio e conforto.

A biblioteca da Corte Americana de Direitos Humanos, pelo imprescindível material de pesquisa, rapidamente selecionado e fornecido.

Aos meus pais, irmãos e demais amigos, por todo amor e carinho com que me cercaram todos esses anos e por me ensinarem tudo sobre força de vontade, perseverança e fé.

O maior agradecimento, no entanto, só poderia ser para minha mãe, sem dúvida a mulher mais forte, incrível, batalhadora, inteligente, amorosa (com animais e plantas, inclusive), parceira e generosa que existe. Sua gigantesca e luta contra o câncer me ensinou que não existe dificuldade que não possa ser superada. Muito obrigado, meu anjo.

Ao *caos* que nos move!

*“Quando uma criatura humana desperta para um grande sonho e sobre ele lança toda a força de sua alma, todo o universo conspira a seu favor.”*

**Johann Wolfgang von Goethe**

*“Aprender é a única coisa que a mente nunca se cansa, nunca tem medo e nunca se arrepende.”*

**Leonardo da Vinci**

## RESUMO

SILVANO, A. R. **O conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.** 2017. 213 f. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Nos últimos anos, o interesse em questões envolvendo direitos humanos tem crescido enormemente. Instituições encarregadas da aplicação dos direitos humanos estabelecidos em tratados internacionais gastam grande parte do seu tempo lidando com supostas violações que ocorrem durante o processo penal. No futuro essas questões se tornarão ainda mais importantes, devido ao resultado da crescente internacionalização da administração da justiça. No presente trabalho, a jurisprudência acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*, na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Europeia de Direitos Humanos, dois órgãos internacionais mais importantes e influentes que lidam com essas questões, é apresentada e analisada criticamente. O princípio que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar é certamente uma das mais complexas garantias existentes no corpo dos direitos fundamentais aplicados no contexto do processo penal. Enquanto o problema central é claro, muitas questões específicas são contestadas e não há acordo sobre a estrutura da garantia. A jurisprudência crescente de ambas as Cortes detalha o significado e alcance de muitos dos direitos humanos garantidos – o privilégio contra a autoincriminação, inclusive –, e deveres estaduais correlatos. De igual importância, as decisões e opiniões enunciam regras de prova e dos demais direitos processuais aplicáveis aos casos conhecidos e julgados pelas Cortes. Comparar as decisões e as opiniões de ambos os Órgãos é, portanto, particularmente útil para avaliar o aperfeiçoamento e as limitações do sistema. O processo de comparação demonstrou que, sem embargo da existência de muitas semelhanças, as decisões de ambas as Cortes apresentam significativas diferenças. A final, a atual proteção conferida pela Corte Americana é a que melhor ampara o direito de defesa do acusado e contribui para a efetivação do justo processo.

Palavras-chave: *Nemo tenetur se detegere*. Privilégio contra a autoincriminação. Direito de não produzir prova contra si mesmo. Direito ao silêncio. Direito a não autoincriminação.



## ABSTRACT

SILVANO, A. R. **The content of *nemo tenetur se detegere* principle in Inter-American Court of Human Rights and in European Court of Human Rights**. 2017. 213 f. Thesis (Master). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

Interest in human rights has grown enormously over the past years. Institutions charged with the implementation of human rights, as set out in international treaties, spend a great deal of their time dealing with alleged violations that take place during criminal proceedings. In the future such issues will become even more important as a result of the increasing internationalization of the administration of justice. In this work, the case-law about *nemo tenetur se detegere* principle in Interamerican Court of Human Rights and in European Court of Human Rights, two of the most important and influential international bodies dealing with such issues, is presented and critically examined. The privilege against self-incrimination is certainly one of the most complex guarantees in the entire body of fundamental rights applicable in the context of criminal proceedings. While the basic problem is clear, many specific issues are contested and there is no agreement on the structure of the guarantee. The growing jurisprudence of both Courts details the meaning and scope of many of the guaranteed human rights – including the privilege against self-incrimination –, and correlative state duties. Of equal importance, the Court's decisions and opinions enunciate evidentiary and procedural rules applicable to those appearing before the Courts. Compare the decisions and opinions of the Courts are thus particularly useful in assessing the accomplishments and limitations of the system. The comparison process has shown that, notwithstanding the existence of many similarities, the decisions of both Courts have significant differences. At final, the current protection afforded by the American Court is the one that best sustains the accused defense and contributes to the realization of a fair trial.

Key-words: *Nemo tenetur se detegere*. Privilege against self-incrimination. Right not to produce evidence against himself. Right to silence. Right not to self-incrimination.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO I – PERSPECTIVA HISTÓRICA DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> .....</b>	<b>16</b>
1. ORIGENS E DESENVOLVIMENTO .....	16
1.1. <i>Primeira etapa: nemo tenetur seipsum accusare; nemo tenetur prodere seipsum</i> 19	
1.2. <i>Segunda etapa: no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.....</i>	23
1.3. <i>Terceira etapa: o “you have a right to remain silent” .....</i>	27
1.3.1. Segue: o “you have a right to remain silent”, nos dias atuais .....	32
2. PARA ONDE IREMOS A PARTIR DAQUI? .....	35
<b>CAPÍTULO II – O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>37</b>
1. NOÇÕES GERAIS .....	37
2. EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL .....	38
2.1. <i>A Nona Conferência Internacional Americana: a Declaração de Direitos e Deveres do Homem e a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.</i>	38
2.2. <i>A Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....</i>	41
2.3. <i>Outros instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos.....</i>	43
3. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: SUA COMPOSIÇÃO E JURISDIÇÃO	44
3.1. <i>Competência Consultiva.....</i>	45
3.2. <i>Competência contenciosa.....</i>	47
3.2.1. Procedimento utilizado na competência contenciosa .....	48
4. DESAFIOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	51
5. A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA: ESCLARECIMENTOS..	56

**CAPÍTULO III – O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ..... 62**

1. POSTULADOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL: BREVES NOÇÕES ..... 62
2. CONCEITO E CONTEÚDO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL..... 63
3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .65
4. A CONCEPÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL: ESPECIFICIDADES..... 67

**CAPÍTULO IV – A INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*..... 73**

1. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO E SEUS EFEITOS..... 73
2. ANÁLISE CRÍTICA..... 80

**CAPÍTULO V – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA..... 84**

1. HISTÓRIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E SUA EVOLUÇÃO..... 84
2. ESTRUTURA ATUAL DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS ..... 87
  - 2.1. *Juízes* ..... 87
  - 2.2. *Organização da Corte Europeia de Direitos Humanos*..... 88
  - 2.3. *Apresentação de pedido* ..... 91
  - 2.4. *Especificidades da fase de instrução/audiência*..... 92
3. COMPETÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS ..... 94
  - 3.1. *Competência consultiva - elementos* ..... 95
  - 3.2. *Competência consultiva – objetivos* ..... 97
    - 3.2.1. *Diálogo entre tribunais europeus* ..... 97
    - 3.2.2. *Redução da carga de trabalho* ..... 99
4. CARACTERÍSTICA DAS DECISÕES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS PROFERIDAS NOS CASOS DE COMPETÊNCIA CONTENCIOSA ..... 99
  - 4.1. *Manutenção do status quo enquanto pendente o julgamento* ..... 101
  - 4.2. *Reparação pecuniária razoável (Just satisfaction)*..... 102

## **CAPÍTULO VI – O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS ..... 104**

1. A CONVENÇÃO EUROPEIA E O PRIVILÉGIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO.....	104
2. O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS .....	106
3. DEFININDO O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> .....	108
3.1. <i>Em quais tipos de jurisdição o princípio contra a autoincriminação se aplica?</i> 111	
3.2. <i>Quais provas estariam no âmbito de proteção do princípio nemo tenetur se detegere?</i> .....	115
3.3. <i>Seria o princípio nemo tenetur se detegere um direito absoluto?</i> .....	116
3.4. <i>Existe um “direito a ser advertido”?</i> .....	119
4. REFINAMENTO, CONTENÇÃO OU RECUO? ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS APÓS O CASO SAUNDERS .....	120
4.1. <i>Obrigação de depor imposta pela lei, sob ameaça de sanção</i> .....	123
4.2. <i>Emprego de coerção física e/ou psíquica: os métodos intrusivos de investigação</i> .....	128
4.2.1. Coerção física .....	128
4.2.2. Coerção psicológica.....	137
4.2.3. Coerção psicológica empregada em testemunhas. Proteção do princípio nemo tenetur se detegere?.....	145
4.3. <i>Coerção exercida através do uso de técnicas de investigações secretas</i> .....	149
5. SERIA POSSÍVEL SISTEMATIZAR O POSICIONAMENTO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS?.....	155
6. ANÁLISE CRÍTICA.....	156
7. SÚMULAS DOS JULGADOS REALIZADOS PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS .....	159
7.1. <i>Casos em que houve o reconhecimento da violação ao princípio nemo tenetur se detegere</i> .....	159
7.2. <i>Casos em que não houve o reconhecimento da violação ao princípio nemo tenetur se detegere</i> .....	161

<b>CAPÍTULO VII – O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE COMPARADA.....</b>	<b>163</b>
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O MÉTODO COMPARADO .....	163
2. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> .....	165
2.1. <i>A compulsão como elemento negativo</i> .....	165
2.2. <i>A presunção de inocência como elemento positivo</i> .....	169
3. SUBLINHANDO OS PRINCÍPIOS E VALORES .....	171
3.1. <i>Garantir o julgamento justo: proibição da tortura</i> .....	172
3.2. <i>Respeito à dignidade da pessoa humana</i> .....	175
4. LIMITES .....	177
4.1. <i>Inferências adversas</i> .....	178
4.1.1. Grau de compulsão .....	180
4.1.2. Carga agregada ao silêncio .....	181
<b>4.1.2.1. Situações que demandam uma explicação</b> .....	181
<b>4.1.2.2. Advertência</b> .....	182
<b>4.1.2.3. Respeito à presunção de inocência</b> .....	182
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>184</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>187</b>
<b>CASOS UTILIZADOS – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>207</b>
<b>OPINIÕES CONSULTIVAS – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>210</b>
<b>CASOS UTILIZADOS – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>211</b>

## INTRODUÇÃO

*Nemo tenetur se detegere*. Ninguém é obrigado a se descobrir.

O princípio que assegura ao acusado o direito a não se autoincriminar possui raízes profundas na história do processo penal, sendo, hoje, largamente reconhecido como um inalienável e abrangente direito fundamental que assegura ao acusado a impossibilidade de sofrer qualquer sanção pelo seu exercício<sup>1</sup>.

Além do seu reconhecimento no processo penal moderno de diversos países, o princípio é também reconhecido em diversas Cortes Internacionais.

Nesse sentido, tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunais internacionais cuja jurisdição é reconhecida por Estados soberanos, oferecem ampla proteção ao direito de o indivíduo permanecer em silêncio.

Como ambas as Cortes possuem a função precípua de julgar casos envolvendo violações de direitos humanos, o processo de comparação de suas respectivas jurisprudências torna-se proveitoso e útil.

Embora existam diversas peculiaridades regionais, o que certamente afeta o desenvolvimento jurisprudencial dos dois sistemas acima citados, os princípios e valores invocados no reconhecimento do direito a não autoincriminação são semelhantes, podendo ser mencionadas, a título de exemplo, a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o direito ao julgamento justo.

---

<sup>1</sup> De opinião diversa, Eugênio Pacelli de Oliveira, sustenta que “reina entre nós a mais completa incompreensão acerca do alcance e da respectiva fundamentação do *nemo tenetur se detegere*”. Mencionado autor defende que “O que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação, daí por que são inadmissíveis exames como o do soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como reprodução simulada ou reconstituição dos fatos (art. 7º, CPP). (...) Não enxergamos como a coleta de manuscrito de alguém pode afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não autoincriminação ou do direito ao silêncio, parecendo-nos exorbitante do âmbito de proteção da norma constitucional a referida decisão. Mantendo-se semelhante ponto de vista, em breve também não se aceitará mais a diligência probatória intitulada reconhecimento de pessoas, conforme previsão do art. 226 e seguintes do CPP, tendo em vista que ali também se exige um comportamento ativo do acusado. Por que razão quem pode se recusar a fornecer padrões gráficos estaria obrigado a se posicionar, de frente, de perfil, de costas, contra a sua vontade e contra os seus interesses?”. Sobre o assunto, cf. E. P. OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 390-391.

Não obstante, no que toca à proteção, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos difere significativamente da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, tanto no escopo como nos limites.

O objetivo central da pesquisa é, portanto, oferecer um estudo comparado sobre o tratamento conferido pelas Cortes Regionais de Direitos Humanos ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Começaremos expondo as origens e a evolução do princípio *nemo tenetur*. O estudo da evolução do direito a não autoincriminação apresenta-se de grande valia para a compreensão do princípio nos diversos ordenamentos.

O mais importante aspecto do estudo histórico consiste justamente em conhecer o assentamento das premissas sobre os quais o princípio se desenvolveu ao longo da história.

Num segundo passo, serão objeto de exame as Cortes Regionais de direitos humanos escolhidas para o presente estudo. Serão analisados os eventos históricos e sociais que motivaram a criação de tais órgãos, bem como sua estrutura e funcionamento. Tais elementos fornecem subsídios para a compreensão da forma que o princípio é reconhecido nas respectivas jurisdições.

Após, o princípio em questão será estudado sob o enfoque jurisprudencial de cada Corte, com destaque nas decisões mais icônicas. Na Corte Europeia de Direitos Humanos, o realce será dado a partir da decisão que reconheceu o princípio como parte integrante do direito ao julgamento justo (*fair trial*), já que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não prevê o direito ao silêncio, manifestação mais tradicional do princípio *nemo tenetur se detegere*.

A situação é, por sua vez, diferente na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos contempla o princípio nas disposições do artigo 8, o estudo se concentrará nas repercussões do princípio e nas provas que dependam da colaboração do acusado.

Serão analisadas, dentro do estudo comparado, diversos valores reconhecidos como fundamentais pelas Cortes, como o devido processo, a ampla defesa, dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência.

Enfim, a proposta do presente trabalho é tentar elucidar os rumos que, na atualidade, têm adotado as Cortes acima mencionadas sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*, com o intuito de fornecer subsídios para a preservação do processo penal, sem tornar inviável a persecução penal.

## CAPÍTULO I – PERSPECTIVA HISTÓRICA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

### 1. Origens e desenvolvimento

O nascimento do princípio *nemo tenetur se detegere*<sup>2</sup> – *garantia de que o suspeito não seja obrigado a fornecer às autoridades informações ou provas que possam ser usadas contra si em um julgamento criminal* - foi um evento marcante na história do processo penal.

Richard H. Helmholz<sup>3</sup>, informa-nos que diversos autores modernos consideram o privilégio como um dos grandes marcos da luta do homem para tornar-se civilizado.

Trata-se, atualmente, de princípio reconhecido em um grande número de constituições<sup>4</sup>, que, de modo geral, se afinam em reconhecer diversas restrições sobre a perseguição penal.

---

<sup>2</sup> O princípio *nemo tenetur se detegere*, que, literalmente, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, se exprime também por outras máximas latinas: *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), *nemo testis contra se ipsum*, *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser compelida a traír a si mesma em público), *nemo tenetur edere contra se* e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha). Cf. M. E. QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28. Expressa-se, também, por termos como privilégio contra a autoincriminação, *privilege against self-incrimination*, direito à não autoincriminação, direito a não se autoincriminar, dentre outras. No que toca à terminologia Stephan Trechsel pontua que “*Expressions which are currently in favour include (...) ‘right to silence’ or ‘right not to incriminate oneself’. These expressions are too short that they risk distorting the meaning. What is meant is the right not to be compelled to incriminate oneself, to be protected against any pressure to make a statement. The Latin expression ‘nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere’ is very popular – the right is sometimes referred to as the ‘nemo tenetur’ principle. However, it express rather the basic philosophy behind the guarantee than a precise ‘right’.* Cf. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, p. 341. Acreditamos que o termo ‘privilégio contra a autoincriminação’, simplificado na expressão ‘privilégio’ seria o que melhor traduz o conteúdo do princípio estudado, pois se refere à situação de alguém que goza de especial proteção. No decorrer do trabalho, para simplificar a expressão linguística, os termos acima referidos foram livremente utilizados, salvo quando a discussão recaiu sobre aspectos mais específicos e precisos da garantia.

<sup>3</sup> No original: “one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized.” Cf. R. H. HELMHOLZ, *Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune*, p. 962.

<sup>4</sup> Cf., por exemplo: artigo 17, 3, da Constituição Espanhola (“*Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar*”); artigo 18 da Constituição Argentina (“*nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo*”); 5ª emenda à Constituição Norte Americana (“*nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”); art. 20, b, II da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“*A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio*”); art. 33 da Constituição da Colômbia (“*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero*



A formulação que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar, todavia, está longe de ser simples. Questões envolvendo o âmbito de aplicação continuam a surgir na prática moderna. A extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* não é clara, pois não existe uma racionalização do princípio.

Necessário mencionar que não existe consenso doutrinário sequer sobre qual seria a provável origem do direito contra a autoincriminação. Há, inclusive, quem sustente ser impossível identificar as raízes do instituto<sup>5</sup>.

Kai Ambos informa que esse direito remonta ao Talmud e ao direito canônico<sup>6</sup>. Richard Helmholz também sustenta que a máxima latina encontra seu fundamento no

---

*permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil*"); art. 18 da Constituição do Paraguai ("*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive*"); art. 20 da Constituição do Uruguai ("*Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos*"); art. 36 da Constitución Política de la Republica de Costa Rica ("*En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad*"); art. 34, 7, da Constitución Política de la República de Nicaragua ("*A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable*"); art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ("*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*"). O princípio também integra diversos documentos internacionais de direitos humanos: artigo 14, 'g', do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ("*de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*"); artigo 8, alínea 'g' e tópico 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos ("*direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*" e "*A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza*", respectivamente); artigo 67, 'g' do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ("*A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência*"). Interessante acrescentar que, em alguns ordenamentos, as normas constitucionais, de certa forma omissas quanto ao direito ao silêncio, possuem comandos que sustentam o direito à não autoincriminação. É o caso, por exemplo da Constituição Portuguesa que, em seu artigo 32, 8, cataloga, como garantia do processo penal, que "*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*". No mesmo sentido, a Constituição do Japão, em seus artigos 36 e 38 dispõem, respectivamente: "*A punição com tortura por qualquer oficial público ou tratamentos cruéis são absolutamente proibidos*"; "*Nenhuma pessoa deverá ser impelida a levantar prova contra si mesma. Confissões feitas sob coação, tortura ou ameaça, ou após aprisionamento ou detenção prolongados não serão aceitas como evidência. Nenhuma pessoa será condenada ou punida em casos onde a única prova contra si seja sua própria confissão.*" A Constituição Finlandesa, por sua vez, no parágrafo 7, do capítulo 2 (*direito à vida, à liberdade e à integridade pessoal* [Oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen]) dispõe que "*Todos têm direito à vida, à liberdade pessoal, à integridade e à segurança. Ninguém será condenado à morte, torturado ou tratado de outra forma que viole a dignidade humana. A integridade pessoal do indivíduo não deve ser violada (...)*" [no original, "*Jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Ketään ei saa tuomita kuolemaan, kiduttaa eikä muutoinkaan kohdella ihmisarvoa loukkaavasti. Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua (...)*"].

<sup>5</sup> É o que afirma, segundo Vittorio GREVI (in *Nemo tenetur se detegere*, p. 5), Alphonse KOHL (in *Procès civil et sincérité*. Liège: Faculté de Droit, 1971, p. 15). Sobre o assunto, cf. M. E. QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur...*, p. 28-29.

<sup>6</sup> Cf. K. AMBOS, *The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC*, LJIL 2002, p. 159. No mesmo sentido, apontando as raízes do instituto na lei talmúdica hebraica, cf. M. C. ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 121.

direito canônico<sup>7</sup>. Mencionado autor defende que a máxima *nemo tenetur* influenciou a prática Inglesa das Cortes Eclesiásticas muito antes do país instalar a *Star Chamber* e as *Courts of High Commission*<sup>8</sup>. Portanto, é possível afirmar, com certo grau de segurança, que o direito contra a autoincriminação se originou, sim, nas inquisições da Igreja, mas seu amadurecimento ocorreu somente nos julgamentos da Coroa Inglesa<sup>9</sup>.

No que toca ao desenvolvimento histórico do princípio *nemo tenetur*, Albert Alschuler<sup>10</sup>, após informar que o privilégio, em sua origem, não se destinava a conceder aos acusados o direito de recusar-se a responder a perguntas comprometedoras, porque possuía objetivos muito mais limitados, propõe o estudo do tema em três estágios, cada qual observando suas peculiaridades.

Num estágio mais primitivo, o privilégio contra a autoincriminação expressou-se pelas máximas *nemo tenetur seipsum accusare* (ninguém é obrigado a se acusar) e *nemo tenetur prodere seipsum* (nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma)<sup>11</sup>.

Num segundo momento, apresentou-se na formulação adotada pela Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos: “*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”.

<sup>7</sup> Em seu trabalho “*Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune*” Richard Helmholz defende que “(...) Indeed, the maxim *nemo tenetur prodere seipsum* appears in that most basic of medieval guides to the canon law, the glossa ordinaria to the Decretals (1234) of Pope Gregory IX” (p. 967). Cf. também, no mesmo trabalho, p. 970-72, 975-87.

<sup>8</sup> Cf. R. H. HELMHOLZ, *Origins of the Privilege Against Self-Incrimination...*, p. 969-89.

<sup>9</sup> No entanto, Leonard W. Levy, na sua influente obra “*Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*” afirma que o privilégio contra a autoincriminação nasceu de uma disputa entre dois sistemas rivais de procedimento criminal. De um lado estava a *common law* inglesa, que reconhecia os direitos e liberdades do indivíduo; as tradições e os praticantes da *common law* teriam forjado o direito de não ser obrigado a responder perguntas comprometedoras. De outro lado estavam as tradições do direito civil romano e da inquisição continental, aplicada na Inglaterra pelos tribunais eclesásticos; seus praticantes, por sua vez, lutaram com unhas e dentes contra a criação do privilégio. Leonard W. Levy, todavia, focou sua pesquisa a partir das opiniões dos juizes da *common law* do século XVII, o que resultou numa conclusão equivocada acerca da origem do instituto. Como mencionado, Richard H. Helmholz demonstrou que as raízes do instituto são mais antigas. Sobre o assunto, cf. R. H. HELMHOLZ, *Origins of the Privilege Against Self-Incrimination...* p. 963 e seguintes. Stephan Trechsel, por sua vez, sustenta que “The principle that a person ought not to be compelled to act against his or her own interests and in particular be able to refrain from implicating him – or herself in a crime has been traced back to Talmudic law. However, it might be difficult, or quite probably impossible, to trace the modern procedural guarantee back to such a source. It is perhaps preferable to think of the principle as having its origins in the development of the common law. Although some authors refer to developments in the eleventh and twelfth century, the birth of the right is generally traced back to 1641 when both the Star Chamber and the High Commission were abolished and the *ex officio* oath procedure forbidden.” Cf. S. TRECHSEL, *Human rights...*, p. 341.

<sup>10</sup> Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*. 94 Michigan Law Review 2625, 1995, p. 2638.

<sup>11</sup> R. H. HELMHOLZ et al., na sua obra *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, Chicago: Universidade de Chicago, 1997, p. 1, informa-nos que “Some form of the privilege can undoubtedly lay claim to antiquity, boasting a link with the Latin maxim often used to state it, *Nemo tenetur prodere seipsum*, a phrase reputed to have come from the pen of Saint John Chrysostom (d. 407). **The saint’s words proclaimed that no person should be compelled to betray himself in public.**” (destacamos).

Por fim, num terceiro patamar, denominado moderno, encontram-se as advertências popularizadas no caso *Miranda versus Arizona*, julgado pela Suprema Corte Norte Americana, que “*express the general although not universal understanding of the privilege: ‘You have a right to remain silent’*”<sup>12</sup>.

Esta classificação é útil e se justifica, pois, segundo Akhil Reed Amar e Renee Lettow Lerner<sup>13</sup>, o princípio *nemo tenetur se detegere*, com o passar dos séculos, tem refletido distintas ideias fundamentais<sup>14</sup>.

### 1.1. Primeira etapa: *nemo tenetur seipsum accusare; nemo tenetur prodere seipsum*

Nos séculos XVI e XVII, o privilégio contra a autoincriminação, intimamente relacionado com a concepção medieval, envolvia a proteção contra intolerância religiosa e a proteção contra as práticas conhecidas como *fishing expeditions*.

De acordo com a concepção da época, a fim de evitar o risco da persecução penal, era vedado exigir que alguém respondesse perguntas sobre atos de sua vida privada ou seu comportamento. Os homens não deviam ser constrangidos a confessar suas faltas para ninguém mais, além de Deus<sup>15</sup>.

Apesar disso, o direito canônico, de claro cunho correccional, começou a buscar primeiramente a confissão, porque esta confissão demonstrava arrependimento e submissão à pena<sup>16</sup>. Assim, a confissão passou a ser vista como necessária para a imposição de uma pena, sendo legítima, em atenção à essa necessidade, que a verdade fosse descoberta mediante tortura<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2638. Mencionado autor pondera que “*These formulations often are treated as equivalent, but they are very different.*” p. 2638.

<sup>13</sup> Cf. AMAR, A. R.; LERNER, R. L. *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, p. 895.

<sup>14</sup> E nem poderia ser diferente. Cada sistema processual penal está configurado substancialmente como um conjunto de regras de conduta destinadas a regular o controle social do crime. Conforme o magistério de Dominic Gentile, esses modos de controle variam de acordo com o tempo e não podem ser abstratamente definidos, porque são expressão dos valores sociais. O objetivo constante é encontrar o equilíbrio entre a exigência de defesa da sociedade e as instâncias garantísticas que exigem a tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Sobre o assunto, cf. D. P. GENTILE. *Il diritto delle prove penali. In: Il processo penale negli stati uniti d’america*. Coord. AMODIO, Enio. BASSIOUNI, M. Cherif. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. 203.

<sup>15</sup> Cf. M. E. QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur...*, p. 36.

<sup>16</sup> Cf. I. F. TEDESCO, *La libertad de declaración del imputado. Un análisis histórico comparativo*. in HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórico-comparada*. Buenos Aires: Editores del Puerto 2001, p. 35.

<sup>17</sup> Cf. I. F. TEDESCO, *La libertad de declaración...*, p. 35.

Sob influência do Papa Inocêncio III, introduziu-se nas cortes eclesiásticas o juramento *de veritate dicenda*, ou o juramento para responder a todas as perguntas verdadeiramente<sup>18</sup>, também conhecido como *juramento inquisitivo*<sup>19</sup>.

Esse juramento foi o instrumento utilizado para forçar a autoincriminação<sup>20</sup>.

Informa-nos Akhil Reed Amar<sup>21</sup> que, na Inglaterra, Cortes Eclesiásticas, a *Star Chamber* e as *Courts High Commission* valiam-se largamente do juramento inquisitivo com fins fundamentalmente políticos.

Tal como assinala Ignacio Tedesco<sup>22</sup>, as mencionadas cortes exigiam do acusado um juramento *ex-officio* ainda que inexistissem acusações contra ele, de modo tal que o depoimento colhido poderia culminar na origem do processo. Nos casos de heresia e outras formas de pensamentos *revolucionários* em matéria ideológica, as provas incriminatórias não podiam ser obtidas, a não ser quando o acusado era forçado a fornecer provas contra si mesmo, mediante o emprego da técnica da tortura. O objetivo destes procedimentos indiscriminados era identificar e punir aqueles que estivessem em desacordo teleológico com a coroa.

Como pontua John H. Langbein<sup>23</sup>,

*“Os tribunais eclesiásticos e as cortes prerrogativas do High Commission e Star Chamber gerenciaram procedimentos disciplinares de vários tipos. Estes tribunais investigavam através do procedimento denominado ‘juramento ex-*

<sup>18</sup> Cf. A. BENTZ, *The Original Public Meaning of the Fifth Amendment...*, p. 12.

<sup>19</sup> Cf. I. F. TEDESCO, *La libertad de declaración del imputado...*, p. 35. Mencionado autor afirma que “*el juramento inquisitivo implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez, además de la situación incómoda que se provocaba con su juramento al revelar la entera verdad del asunto bajo averiguación. No obstante, había ciertas limitaciones formales sobre el poder de las cortes eclesiásticas para el uso de este nuevo recurso: el acusado no podía ser expuesto a su juramento en la ausencia de alguna presentación (presentment), es decir sin el respaldo de la acusación bajo juramento hecha por cierto número de vecinos. Sin embargo, en la práctica, el procedimiento significaba que un individuo podía ser llamado ante la corte y tener que responder a un amplio interrogatorio sobre sus asuntos personales sin que interese la naturaleza o la fuerza de las acusaciones en su contra.*” (p. 35-36).

<sup>20</sup> Andrew Bentz bem observa a deterioração que sistema de juramento sofreu: o sujeito, ao ser levado para o conselho, era obrigado a efetuar o juramento. Se não o fizesse, seria considerado culpado; se o fizesse, mas negasse as acusações, seria condenado por perjúrio; se confessasse algo falso, seria igualmente condenado. Anos depois, a Quinta Emenda da Constituição Norte Americana viria justamente para proteger os cidadãos destas escolhas cruéis. Sobre o assunto, cf. A. BENTZ, *The Original Public Meaning...*

<sup>21</sup> Cf. AMAR, A. R.; LERNER, R. L. *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, p. 896.

<sup>22</sup> Cf. I. F. TEDESCO, *La libertad de declaración...*, p. 36.

<sup>23</sup> Cf. J. H. LANGBEIN, *“The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”*, p. 1073, no original “*The ecclesiastical courts and the prerogative courts of High Commission and Star Chamber conducted disciplinary proceedings of various sorts. These courts investigated by means of the so-called ‘ex officio oath’ procedure. When employing this procedure, the court instructed the accused at the outset of the inquiry that he should swear an oath to answer any questions that the court might subsequently put to him. A defendant who refused to take that oath could be imprisoned for contempt or subjected to other harsh sanctions. Because these defendants were typically guilty of the nonconformist religious practices for which they were being investigated, they resisted submitting to ex officio oath procedure.*”

*officio*'. Por meio deste procedimento, o tribunal cientificava o acusado, no início do interrogatório, que ele deveria efetuar um juramento para responder todas as questões que seriam subsequentemente apresentadas. O acusado que se recusasse a efetuar o juramento poderia ser preso por desobediência ou sofrer outras punições severas. Uma vez que os acusados eram tipicamente culpados pelas práticas religiosas dissidentes pelas quais eram investigados, eles resistiam ao procedimento do juramento *ex-officio*.”<sup>24</sup> (tradução nossa)

Por conta desses eventos, os acusados passaram a invocar a máxima *nemo tenetur seipsum*. Originalmente, o dever de confessar todos os pecados, como condição para o perdão, não implicava no dever de comparecer perante o tribunal e se autoincriminar<sup>25</sup>.

A invocação da máxima *nemo tenetur seipsum* não significava, no entanto, um direito absoluto de se recusar a responder toda e qualquer pergunta formulada. Conforme afirma Richard H. Helmholz, tratava-se, tão somente, de uma proteção contra questionamentos destinados a descobrir opiniões privadas e condutas pessoais<sup>26</sup>.

De acordo com Richard H. Helmholz<sup>27</sup>, registros demonstram que os juízes da *common law* intervieram para impedir o uso dos juramentos *ex-officio*. Assim, as práticas inquisitoriais da Coroa Britânica logo entraram em confronto com os tribunais da *common law*. Em 1568, o juiz Dyer, da *Court of Common Pleas*, concedeu uma ordem de *habeas corpus*, liberando um prisioneiro obrigado a efetuar o juramento. O juiz Dyer concedeu a ordem com fundamento na máxima *nemo tenetur se ipsum prodere*<sup>28</sup>.

A partir de então, a *common law* e a Magna Carta passaram a servir como justificativas para oposição ao juramento<sup>29</sup>, protagonizando muitas batalhas em favor do direito a não se autoincriminar.

---

<sup>24</sup> Interessante registrar que o juramento *ex-officio* e o recurso à autoincriminação não estavam restritos às cortes eclesiásticas, *Courts of High Commission* e *Star Chamber*. Os juízos criminais esperavam um comportamento ativo do acusado, inclusive em seu próprio detrimento. Informa Ignacio Tedesco que, uma vez formalmente acusado, o imputado era instado a declarar e submeter-se ao juízo. Quando resistia, sofria “*extremas formas de tortura*”. Sobre o assunto, cf. I. F. TEDESCO, *La libertad de declaración...*, p. 37.

<sup>25</sup> Nesse período, de acordo com Albert Alschuler, diversas máximas expressaram as mais importantes limitações no interrogatório. Mencionado autor informa-nos que “*In addition to the familiar nemo tenetur maxim given above, the ius commune made use of two more: Nemo punitur sine accusatore* (‘*No one is punished in the absence of an accuser*’) and *Nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (‘*No one is bound to reveal his own shame*’).” Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2639.

<sup>26</sup> Cf. R. H. HELMHOLZ *Origins of the Privilege...*, p. 988. No original, “It was a protection against intrusive questioning into one's private conduct and opinions by officious magistrates.”

<sup>27</sup> Cf. R. H. HELMHOLZ *Origins of the Privilege...*, p. 987.

<sup>28</sup> Cf. G. W. O'REILLY, *England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice*. In *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, 1994, p. 414.

<sup>29</sup> Cf. G. W. O'REILLY, *England Limits the Right to Silence...*, p. 414.

Em 1641, o Parlamento Inglês aboliu tanto a *Star Chamber* como as *Courts of High Commission* e proibiu o uso do juramento nas causas penais<sup>30</sup>.

Ainda no século XVII, o privilégio evoluiu para um direito de não ser interrogado sob juramento, quando ausente fundada suspeita.

De acordo com Albert Alschuler<sup>31</sup>, às formulações dos princípio *nemo tenetur se ipsum* do *ius commune* foram incorporadas os “padrões de moralidade” propostos e sustentados por R. Kent Greenawalt<sup>32</sup>.

A partir de então,

*“Iniciavam o processo penal declarando que uma pessoa não poderia ser obrigada a ‘acusar’, ‘produzir’ [no sentido de fornecer] ou ‘trair’ a si mesma. Nenhuma pessoa poderia ser obrigada a ‘revelar’ seus próprios erros. Deve, ao revés, existir um ‘acusador’, alguém diferente do acusado, que seja capaz de afirmar ou revelar o crime praticado pelo suspeito. As autoridades não devem iniciar a persecução através de interrogatórios inespecíficos, através de fishing expeditions, ou através de questões que Greenawalt classificaria como slender suspicion<sup>33</sup>. Esperava-se que as autoridades do século XVII possuíssem indícios antes de exigir que os suspeitos respondessem sob juramento a perguntas incriminadoras.”<sup>34</sup> (tradução nossa)*

---

<sup>30</sup> Com o fim dos mecanismos inquisitoriais da Coroa, os tribunais da *common law* passaram a dominar o sistema inglês de justiça criminal. O sistema, assim, evoluiu para um modelo de cunho *adversarial*, conforme anota G. W. O'REILLY, *England Limits the Right to Silence...*, p. 418. O'Reilly, entretanto, enfatiza que a evolução foi lenta e excepcionada por centenas de anos. Nas suas palavras, “*For example, the law did not guarantee that accused persons would be given a copy of the indictment and the opportunity to use counsel in their defense until 1696, and accused persons did not have the right to compulsory process in felony cases so they could call witnesses and have them testify under oath until 1701. Indeed, until the late nineteenth century, the accused did not have the right to testify in their own defense in either England or the United States. In England, until 1848, justices of the peace were permitted to closely question the accused at a preliminary examination. Until 1965 in the United States, some states allowed prosecutors and judges to urge jurors to draw adverse inferences from an accused's silence-even though Congress had barred the practice in the federal courts in 1878. Until the 1994 revisions, judges in England could still do this to a very limited extent. Over time, however, these exceptions continued to dwindle, and the accusatorial model took hold in both England and the United States.*” (In *England Limits the Right to Silence...*, p. 418-9).

<sup>31</sup> Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2640.

<sup>32</sup> Cf. R. KENT GREENAWALT, *Silence as a Moral and Constitutional Right*, 23 WM. & MARY L. REV. 15 (1981), disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol23/iss1/3/>, acesso em 12 de outubro de 2016.

<sup>33</sup> Que contrasta com o interrogatório efetuado em *solidly grounded suspicion*. Para uma análise pormenorizada, cf. R. H. HELMHOLZ et al., *The privilege against self-incrimination...*, p. 182.

<sup>34</sup> Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2641, no original “They concerned the initiation of criminal proceedings, declaring that a person could not be required to ‘accuse’ or ‘produce’ or ‘betray’ himself. No person could be required to ‘reveal’ his own wrongdoing. There must instead be an ‘accuser’, someone other than the defendant who had revealed or asserted the defendant's crime. Officials must not commence prosecutions by interrogating at large, by conducting fishing expeditions, or by questioning on what Greenawalt would call slender suspicion. Officials in the seventeenth century and earlier were expected to have probable cause before asking suspects to respond under oath to incriminating questions.”

Nesta primeira fase do estudo histórico do princípio *nemo tenetur se detegere*, nota-se que o ponto de tensão era justamente a realização ou não de juramento<sup>35</sup>.

Um possível motivo seria a força substancial que sociedades antigas enxergavam no juramento – instrumento utilizado, inclusive, para solenizar compromissos e negócios. Este poder místico do juramento era tão grande, que, não raro, os depoimentos assim prestados eram tratados como “*conclusive proof*”<sup>36</sup>.

No século XVII os tribunais da *common law* inglesa deixaram de valorar o juramento do acusado como conclusivo e deixaram efetivamente de exigir que os réus criminais jurassem a verdade sobre suas declarações<sup>37</sup>.

Em suma, neste período, após o desconforto gerado por forçar suspeitos a falar, prevaleceu o direito de o acusado não ser submetido a interrogatório sob juramento.

## **1.2. Segunda etapa: *no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself***

A segunda etapa importante no desenvolvimento histórico do princípio *nemo tenetur se detegere* guarda estreita relação com a história dos Estados Unidos da América, que, dada a importância do instituto, logo o adotou.

Andrew Bentz<sup>38</sup> informa-nos que o direito contra a autoincriminação, já na América Colonial, protegia mais do que apenas testemunhos, e não se limitava a julgamentos criminais. Mencionado autor ilustra sua afirmação com o julgamento de Samuel Hemphill em 1735.

Samuel Hemphill foi um pastor presbiteriano que se tornou objeto de ‘inquérito eclesiástico’ junto à Igreja Presbiteriana, sob a acusação de pregar sermões deístas. Hemphill recusou-se a fornecer cópias de seus sermões para a comissão especialmente formada para o ‘julgamento’. Mesmo assim, a comissão classificou os sermões de doentios

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, Albert Alschuler é enfático em afirmar que a história do privilégio, a partir das lutas sobre a autoridade das *Courts of High Commission*, até, pelo menos a elaboração da *Bill of Rights* é quase que inteiramente uma história de quando e com qual finalidade as pessoas seriam obrigadas a falar sob juramento. Sobre o assunto, Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2642.

<sup>36</sup> É o que afirma A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2643.

<sup>37</sup> Conforme afirma A. ALSCHULER, “By the seventeenth century, however, far from treating a criminal defendant's oath as conclusive, common law courts neither required nor permitted criminal defendants to swear to the truth of their statements.” Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2643.

<sup>38</sup> Cf. A. BENTZ, *The Original Public Meaning of the Fifth Amendment and Pre-Miranda Silence*, p. 16.

e perigosos (“*unsound and dangerous*”). Benjamin Franklin, após ouvir falar do caso, saiu em defesa do pastor, afirmando que nenhum homem deve ser obrigado a fornecer material de acusação contra si mesmo<sup>39</sup>.

Após a censura de Benjamin Franklin, a comissão reconheceu o direito de Hemphill a não fornecer cópias dos sermões, porém, tomou a recusa como um reconhecimento tácito de culpa.

Quando soube do resultado, Benjamin Franklin, irado, escreveu que Hemphill não era obrigado a fornecer cópia de seus sermões, justamente porque a comissão estava empenhada em encontrar heresias suficientes (no sermões), para condená-lo<sup>40</sup>.

O direito contra a autoincriminação, na América Colonial, foi invocado em outro caso, também fora da esfera criminal. Em 1754, o estado de Massachusetts aprovou um imposto sobre todas as vendas de bebidas alcoólicas, exigindo que os compradores declarassem suas compras, sob juramento, para os cobradores de impostos locais. Samuel Cooper, então ministro, expôs que se o Estado fosse autorizados a extorquir esse tipo de informação das pessoas, também poderia fazê-lo em quaisquer outros assuntos, inspecionando qualquer outro aspecto da vida privada<sup>41</sup>. Como se nota, o argumento de Cooper se afina com o de Franklin e destaca que o direito à impossibilidade de autoincriminação é estendido para além das salas de audiências.

A argumentação de Cooper foi mais longe. Andrew Bentz<sup>42</sup> afirma que

*“O argumento de Cooper forçosamente demonstra que, se uma pessoa é obrigada a fornecer provas contra si mesma em questões não penal, faz ainda mais sentido obrigá-la a fazê-lo no cenário criminal. Da mesma forma, se uma pessoa é obrigada a fornecer elementos de prova antes de ser formalmente presa, faz ainda mais sentido obrigá-la a fornecer elementos de prova quando presa. Antes da prisão inexistente a exigência de uma causa provável. Uma prisão, no entanto, mostra que existe causa provável para acreditar que a pessoa cometeu um crime. Assim, se alguém não tem permissão para permanecer em silêncio quando a polícia não tem causa provável, então, a fortiori, não se deve permitir que esta pessoa permaneça em silêncio depois de*

<sup>39</sup> No original, “[i]t was contrary to the common Rights of Mankind, no Man being obliged to furnish Matter of Accusation against himself”. Cf. A. BENTZ, *The Original Public Meaning...*, p. 16.

<sup>40</sup> Sobre o caso Hemphill, cf. A. BENTZ, *The Original Public Meaning...*, p. 16.

<sup>41</sup> Cf. A. BENTZ, *The Original Public Meaning...*, p. 17.

<sup>42</sup> Cf. A. BENTZ, *The original public meaning...*, p. 17, no original “Cooper’s argument forcefully shows that if a person is required to furnish evidence against themselves in a non-criminal matter, it makes even more sense to require them to do so in the criminal setting. In the same way, if a person is required to furnish evidence before being formally arrested, it makes even more sense to require them to furnish evidence once they are arrested. In the pre-arrest stage, there is no requirement of probable cause. An arrest, however, shows that there is probable cause to believe the person has committed a crime. Thus, if someone is not allowed to remain silent when the police do not have probable cause then, a fortiori, that person should not be allowed to remain silent after being arrested. But clearly an arrestee has the right to remain silent.”.



*ser presa. Mas, evidentemente, a pessoa detida tem o direito de permanecer em silêncio.*” (tradução nossa)

Em 1776, as Colônias Americanas passaram a lutar pela independência. Sob orientação de George Mason, Virgínia promulgou um prefácio fundamental, conhecido como *Declaração de Direitos*<sup>43</sup>. A seção VIII, da Declaração de Direitos de Virgínia, garantiu que ninguém poderia ser compelido a fornecer provas contra si mesmo<sup>44</sup>.

Interessante observar que algumas colônias<sup>45</sup>, seguindo Virgínia, adotaram a Declaração de Direitos e repetiram a fórmula, praticamente em seus mesmos termos. Delaware aproveitou o momento e catalogou o direito contra a autoincriminação em seção própria, deixando claro que o direito seria estendido para além do âmbito criminal<sup>46</sup>.

O direito a não se autoincriminar não foi incluído na Constituição Norte Americana. Foi, porém, incorporado pela Quinta Emenda, logo proposta.

Assim, de acordo com a redação da Quinta Emenda, “*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”<sup>47</sup>.

De acordo com Albert Alshuler<sup>48</sup>, a regra prevista na Quinta Emenda foi criada não apenas para garantir adequada base para o interrogatório, mas para criar um direito absoluto, diferente da limitada concepção de que o privilégio evitaria somente a prestação do juramento.

Além disso, embora a Quinta Emenda fale em testemunha em um caso criminal, a velha máxima também poderia ser invocada quando inexistisse risco de punição

<sup>43</sup> Sobre a Declaração de Direitos de Virgínia e outros documentos históricos relativos à independência dos Estados Unidos, cf. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>, seção ‘contents’, acesso em 6.3.2015.

<sup>44</sup> No original: “8. *That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favour, and to a speedy trial by an impartial jury of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty, nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land, or the judgment of his peers*”. (destacamos)

<sup>45</sup> Segundo Andrew Bentz, oito Estados. O autor, todavia, não menciona quais seriam esses Estados. Pontua, apenas, que os estados da “*Pennsylvania*”, “*North Carolina*” e “*Massachusetts*”, utilizaram os mesmos termos da declaração de direitos de Virgínia (Cf. A. BENTZ, *The original public meaning...*, p. 19). Ignacio F. Tedesco acrescenta “Cinco de los trece estados originales (Carolina del Norte, 1776; Pennsylvania, 1776; Virginia, 1776; Massachusetts, 1780; y New Hampshire, 1784) habían ya entonces incluido el principio en sus constituciones, para preservarlo de modificaciones legislativas o judiciales... y no cabe duda de que en el resto de los estados el principio era reconocido por sus tribunales”, Cf. Cf. I. F. TEDESCO, *La libertad de declaración...*, p. 39-40.

<sup>46</sup> No original “*Sect. 15. That no man in the Courts of Common Law ought to be compelled to give evidence against himself*” (destacamos). Disponível em [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill\\_of\\_rightss4.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss4.html), acesso em 6.3.2015.

<sup>47</sup> Disponível em [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/tocs/amendV-VI\\_criminal\\_process.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/tocs/amendV-VI_criminal_process.html), acesso em 9.3.2015.

<sup>48</sup> Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*. 94 Michigan Law Review 2625, 1995, p. 2647.

penal, mas apenas um risco de responsabilidade civil ou de danos à reputação (*risk of civil liability or of injury to reputation*)<sup>49</sup>.

Mencionado autor também observa que o direito contra a autoincriminação que o Congresso Americano incluiu na *Bill of Rights* de 1791 não é o mesmo que os tribunais da *common law* inglesa tanto se empenharam em combater, face os abusos cometidos pelas *Courts of High Comission*<sup>50</sup>.

Na época, como o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo do acusado, o processo penal americano (mesmo sob a égide da Quinta Emenda), *incentivava* o acusado a falar. A intenção por trás do privilégio não era, especificamente, criar um direito ao silêncio, *mas, proibir interrogatórios sob juramento, proibir a tortura e quaisquer outras formas de coerção ou promessas leniência*<sup>51</sup>. Em suma, a disposição consagrada na Quinta Emenda não era mais que uma garantia contra os procedimentos *ex-officio* e contra a tortura<sup>52</sup>, tanto física como psicológica.

O privilégio então previsto não proibia o interrogatório forçado de suspeitos por magistrados. Bastava que os acusados não prestassem juramento e não padecessem quaisquer formas de tortura.

Suspeitos não juramentados que se recusassem a responder às perguntas nos tribunais não sofreriam nenhuma sanção mais grave que uma inferência adversa sobre a acusação apresentada<sup>53</sup>. Em outras palavras, o privilégio circunscrito na Quinta Emenda não assegurava o direito a não sofrer consequências pela recusa em falar. No entanto, essa inferência negativa era devastadora.

Nesta época, John Langbein<sup>54</sup> distinguiu entre dois modelos históricos do processo penal americano: o "*accused speaks*" e o "*testing the prosecution*".

Segundo John Langbein, no regime "*accused speaks*", a recusa do réu para responder à acusação seria algo suicida. Como não havia advogado de defesa, o

<sup>49</sup> Sustenta suas afirmações invocando os seguintes precedentes: "*Ullmann v. United States, 350 U.S. 422, 449-54 (1956) (Douglas, J., dissenting); Brown v. Walker, 161 U.S. 591, 631-35 (1896) (Field, J., dissenting); Respublica v. Gibbs, 3 Yeates 429, 437 (Pa. 1802)*". Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective...* p. 2647, nota n. 83.

<sup>50</sup> Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2647.

<sup>51</sup> "*The Fifth Amendment privilege prohibited (1) incriminating interrogation under oath, (2) torture, and (3) probably other forms of coercive interrogation such as threats of future punishment and promises of leniency.*" Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2651.

<sup>52</sup> "*The Self-Incrimination Clause neither mandated an accusatorial system nor afforded defendants a right to remain silent. It focused upon improper methods of gaining information from criminal suspects*". Cf. A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege...* p. 2652.

<sup>53</sup> É o que afirma A. ALSCHULER, em *A peculiar privilege...*, p. 2653.

<sup>54</sup> Cf. J. H. LANGBEIN, "*The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*", p. 1048 e seguintes.

depoimento e as funções defensivas estavam indissolúvelmente mescladas e, recusando-se o acusado a falar, seria como abrir mão de todas as defesas. Até o final do século XVIII, para quase todos os réus criminais, a defesa significava responder pessoalmente aos detalhes da acusação.

Somente com a ascensão do "*testing the prosecution*" é que se tornou possível falar de um *privilégio contra a autoincriminação* no processo penal americano.

Nas palavras de John Langbein<sup>55</sup>, somente quando a moderna teoria *testing the prosecution* substituiu a velha *accused speaks theory* que o réu, nas causas penais, adquiriu o efetivo direito de se recusar a falar acerca das acusações contra ele perpetradas. O marco histórico desta nova etapa foi justamente o advogado de defesa, que penetrou no processo penal quase que de forma despercebida, e que depois trabalhou uma revolução processual drástica, com consequências que ainda reverberam através da justiça penal anglo-americana.

Neste novo modelo<sup>56</sup>, reconheceu-se um aumento nas atribuições do defensor na condução do processo. Passou-se a admitir, por exemplo, que o defensor silenciasse o acusado por motivos estratégicos, o que contribuiu para a mudança de ideologia do processo penal. Esta e outras peculiaridades serão abordadas no próximo tópico, segundo a classificação proposta.

### 1.3. Terceira etapa: o "*you have a right to remain silent*"

A transformação do *privilégio* no direito de permanecer em silêncio ocorreu somente no século XIX, com o fortalecimento do papel do defensor no processo penal. Neste processo de mudança de ideologia, reconheceu-se que o sistema "*accused speaks*" era por demais falho e, não raro, injusto: devido à pouca educação, muitos réus não detinham sequer condições de articular coerentemente suas defesas.

---

<sup>55</sup> Cf. J. H. LANGBEIN, "*The Historical Origins of the Privilege...*", p. 1066-1067, no original "Only when the modern 'testing the prosecution' theory of the criminal trial displaced the older 'accused speaks' theory did the criminal defendant acquire an effective right to decline to speak to the charges against him. The historical bearer of the new criminal procedure was defense counsel, who crept into the ordinary criminal trial almost unnoticed, and who then worked a drastic procedural revolution with consequences that still reverberate through Anglo-American criminal justice."

<sup>56</sup> De cunho *adversarial*, segundo J. H. LANGBEIN in "*The Historical Origins...*", p. 1071.

Emitido em 1848, o *Sir John Jervi's Act* formalmente marca a existência do direito de permanecer em silêncio<sup>57</sup>. De acordo com este diploma, desde antes do *pretrial examination*, o acusado já deveria ser advertido que não precisaria responder às perguntas que seriam apresentadas, mas, se o fizesse, suas respostas poderiam ser contra ele utilizadas no julgamento.

Ao longo do tempo, a Suprema Corte Americana enfrentou diversas questões específicas sobre a regra prevista na Quinta Emenda. Dois casos, entretanto, são considerados históricos e demarcam o âmbito atual de aplicação do texto previsto na Quinta Emenda Norte Americana.

Em 1964, a Suprema Corte manifestou-se sobre a possibilidade de a acusação, num julgamento, requerer que o júri extraísse inferências desfavoráveis quando o acusado prestasse um depoimento deficiente, evasivo, falho ou permanecesse em silêncio. Referida questão foi apresentada no caso *Griffin versus Califórnia*<sup>58</sup>.

No caso, Edward Dean Griffin, foi condenado pelo assassinato de Essie Mae Hodson. Segundo consta, Griffin teria sido convidado para ir no apartamento da vítima e seu namorado Eddie Seay.

Depois de irem dormir, Eddie acordou com ruídos e viu Essie se defendendo de Griffin, após uma tentativa de estupro. Eddie e Griffin entram em luta corporal; Eddie foge para pedir ajuda; quando retorna, Griffin e Essie não estavam mais no apartamento.

Na manhã seguinte, uma testemunha presencia Griffin saindo de uma grande lata de lixo e abotoando as calças, tudo em um beco a aproximadamente cem metros do apartamento da vítima. A testemunha encontrou Essie na lata de lixo, sangrando e em estado de choque.

Não aguentando os ferimentos, a vítima faleceu no dia seguinte. Griffin, que já possuía diversas condenações criminais, decidiu ficar em silêncio no julgamento.

No julgamento, a acusação explora o silêncio do acusado, aduzindo que o silêncio era claramente indício de culpa.

---

<sup>57</sup> Cf. C. MOISIDIS, *Criminal discovery: from truth to proof and back again*, p. 19. Mencionado autor disserta que “*The Act contained the first statutory expression of a privilege against self-incrimination by providing for the formal cautioning of an accused at the conclusion of the examination of all prosecution witnesses. The Act also marked the point of a major collision between the accused speaks theory of the trial and the testing the prosecution case theory.*” Mais adiante, pontua que “*In Archbold's Justice of the Peace published in 1840, a self-incrimination caution is given as a standard practice for magistrates.*” Op. cit., p. 19-20.

<sup>58</sup> O inteiro teor da decisão encontra-se disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=380&invol=609>, acesso em 8.6.2015.

O juiz da instrução, por sua vez, pontuou que o acusado detinha o direito constitucional de ficar em silêncio, sem que esse silêncio implicasse em presunção de culpa ou reduzisse o ônus da acusação em provar os fatos; mas enfatizou que o júri poderia formar seu convencimento levando em conta o comportamento do acusado que se recusa a depor ou presta um depoimento falho, incapaz de negar ou convincentemente explicar fatos que estão na sua esfera de conhecimento<sup>59</sup>.

Griffin foi condenado à pena de morte.

A Suprema Corte dos Estados Unidos anulou a decisão ao fundamento de que os comentários negativos sobre a conduta do acusado, formulados tanto pela acusação como pelo juiz de instrução, violaram a cláusula contra a autoincriminação prevista na Quinta Emenda<sup>60</sup>.

Com isso, a Suprema Corte concluiu que os esclarecimentos prestados pelo juiz de instrução e as afirmações da acusação, acabaram por criar uma penalidade para a decisão de permanecer em silêncio, o que é contrário à previsão constitucional. De acordo com a Suprema Corte, a Constituição norte-americana garante o direito do acusado a não testemunhar e seu silêncio não é capaz de criar uma presunção de culpa, nem permitir inferências de culpa, ou, ainda, aliviar, de qualquer forma, o ônus probatório da acusação.

Era a consagração efetiva do direito ao silêncio.

De tamanha importância, o caso Griffin foi invocado em diversas outras ocasiões<sup>61</sup>.

O outro caso de destaque sobre o direito de permanecer em silêncio, que também contribuiu para sua atual concepção, foi *Miranda versus Arizona*, de 1966<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Extrai-se do julgamento: “*The trial court instructed the jury on the issue of guilt, stating that a defendant has a constitutional right not to testify. But it told the jury: ‘As to any evidence or facts against him which the defendant can reasonably be expected to deny or explain because of facts within his knowledge, if he does not testify or if, though he does testify, he fails to deny or explain such evidence, the jury may take that failure into consideration as tending to indicate the truth of such evidence and as indicating that among the inferences that may be reasonably drawn therefrom those unfavorable to the defendant are the more probable.’*”

<sup>60</sup> Por conta de tal pronunciamento, Griffin foi submetido a novo julgamento, que posteriormente restou anulado. Somente num terceiro julgamento é que Griffin foi considerado culpado e condenado à pena de morte.

<sup>61</sup> Cf. *Tehan v. Shott* [382 U.S. 406 (1966)]; *Lakeside v. Oregon* [435 U.S. 333 (1978)]; *Lockett v. Ohio* [438 U.S. 586 (1978)]; *Carter v. Kentucky* [450 U.S. 288 (1981)]; *Batter v. Palmigiano* [425 U.S. 308 (1976)]; *United States v. Robinson* [485 U.S. 25 (1988)]; *Portuondo v. Agard* [529 U.S. 61 (2000)]; *Mitchell v. United States* [526 U.S. 314 (1999)] e *United States v. Hasting* [461 U.S. 499,515 (1983)]. Para uma análise doutrinária pormenorizada dos casos citados, Cf. L. GRIFFIN, *Is Silence Sacred? The Vulnerability of Griffin v. California in A Terrorist World*, 15 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 927 (2007). Disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/469/>, acesso em 18 de fevereiro de 2015.

<sup>62</sup> O inteiro teor da decisão encontra-se disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=384&invol=436>, acesso em 9.6.2015.

Com base no que os norte-americanos consideram “*circumstantial evidence*”<sup>63</sup>, Ernesto Miranda foi preso pelo Departamento de Polícia de Phoenix, sob a acusação de sequestro e estupro de uma garota de dezoito anos de idade, ocorrido dez dias antes da sua prisão. Após duas horas de interrogatório pelos agentes policiais, Miranda assinou um termo de confissão, no qual consignou que fazia aquilo espontaneamente, sem ameaças, coerção ou promessas de impunidades e com plena ciência de que suas declarações poderiam ser utilizadas contra ele.

No entanto, em nenhum momento foi dito que Miranda possuía o direito a um advogado.

Além disso, antes de escrever a confissão que ele já tinha dado oralmente, não lhe foi informado o direito de permanecer em silêncio, nem que as declarações prestadas durante o interrogatório poderiam ser utilizadas contra ele.

No julgamento, quando a acusação apresentou a confissão escrita, o advogado nomeado pelo tribunal, Alvin Moore, objetou, aduzindo que a confissão não era verdadeiramente voluntária e, portanto, deveria ser excluída.

A objeção foi afastada e, com base na confissão e em outras provas, Miranda foi condenado por estupro e sequestro.

Miranda foi condenado a cinquenta anos de prisão (vinte e trinta anos, por cada crime, em sentenças que seriam executadas simultaneamente). A decisão foi confirmada em segundo grau.

Na Suprema Corte, o juiz Earl Warren decidiu que, devido à natureza coercitiva do interrogatório realizado na polícia, nenhuma confissão poderia ser admitida, nos termos das Quinta e Sexta Emendas (direito ao silêncio e direito a um advogado), a menos que o suspeito tenha sido informado de seus direitos e, em seguida, opte por renunciá-los.

Extrai-se do julgamento que:

*“Na ausência de outras medidas efetivas, os seguintes procedimentos para salvaguardar o privilégio da Quinta Emenda devem ser observados: A pessoa sob custódia policial deve ser claramente informada, antes do interrogatório, de que tem o direito de permanecer em silêncio e que qualquer coisa que diga será usada contra si no tribunal; deve ser claramente informada de que tem o direito de consultar um advogado e de tê-lo consigo durante o interrogatório e*

---

<sup>63</sup> Pelo que se infere no julgamento, seria algo como uma prova inequívoca, capaz de ligar o acusado aos fatos, como impressões digitais colhidas na cena do crime.

*que, se for pobre, ser-lhe-á nomeado um advogado para a representar.”*<sup>64</sup>  
(tradução nossa)

Na ocasião, a Suprema Corte norte-americana consignou o que deve acontecer, caso o acusado opte por ficar em silêncio:

*“Feitas tais advertências, o procedimento subsequente é claro. Se o indivíduo indicar de qualquer maneira, em qualquer momento, antes ou durante o interrogatório, que deseja permanecer em silêncio, o interrogatório deve imediatamente cessar. Neste ponto ele mostrou que pretende exercer o privilégio previsto na Quinta Emenda; qualquer declaração tomada após a pessoa invocar o privilégio não pode ser outra que produto de compulsão, sutil ou manifesta. Sem o direito de interromper as indagações, o interrogatório praticado no estabelecimento policial operaria sobre a mente do indivíduo para superar a livre escolha de se manifestar, mesmo após a invocação do privilégio. Se o indivíduo afirmar que deseja consultar com um advogado, o interrogatório deve cessar até que o patrono esteja presente. Nesse momento, o indivíduo deve ter a oportunidade de conversar com seu procurador e tê-lo presente durante o posterior interrogatório. Se o indivíduo não possuir advogado e demonstrar que deseja um antes do interrogatório policial, a autoridade policial deve respeitar sua decisão de permanecer em silêncio.”*<sup>65</sup>  
(tradução nossa)

Assim, o processo foi anulado.

Por essa decisão, considerada histórica, a Suprema Corte Americana concluiu que as declarações inculpatórias e defensivas colhidas no interrogatório policial somente seriam admitidas no julgamento se a acusação demonstrasse que o acusado foi informado sobre o direito de consultar um advogado antes e durante os questionamentos, bem como sobre o direito contra a autoincriminação antes do interrogatório, e, ainda, que o acusado não somente compreendeu esses direitos, mas voluntariamente os renunciou.

<sup>64</sup> Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=384&invol=436>, acesso em 9.6.2015. No original “In the absence of other effective measures the following procedures to safeguard the Fifth Amendment privilege must be observed: The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him.”

<sup>65</sup> Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=384&invol=436>, acesso em 9.6.2015. No original “Once warnings have been given, the subsequent procedure is clear. If the individual indicates in any manner, at any time prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease. At this point he has shown that he intends to exercise his Fifth Amendment privilege; any statement taken after the person invokes his privilege cannot be other than the product of compulsion, subtle or otherwise. Without the right to cut off questioning, the setting of in-custody interrogation operates on the individual to overcome free choice in producing a statement after the privilege has been once invoked. If the individual states that he wants an attorney, the interrogation must cease until an attorney is present. At that time, the individual must have an opportunity to confer with the attorney and to have him present during any subsequent questioning. If the individual cannot obtain an attorney and he indicates that he wants one before speaking to police, they must respect his decision to remain silent.”

Essa decisão teve um impacto significativo sobre a aplicação do direito ao silêncio nos Estados Unidos, fazendo o que ficou conhecido como as “*advertências de Miranda*” (*Miranda warnings*) parte da rotina do procedimento policial, para assegurar que os suspeitos sejam informados dos seus direitos.

### 1.3.1. Segue: o “*you have a right to remain silent*”, nos dias atuais

O direito contra a autoincriminação previsto na Quinta Emenda norte-americana ainda é um enigma não resolvido. Nos Estados Unidos, a dificuldade em se apurar no que o mesmo consiste é agravada pela inconstância interpretativa da Suprema Corte.

As decisões da Suprema Corte têm vacilado entre duas incompatíveis leituras da garantia prevista na Quinta Emenda de que ninguém “*shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”.

Na primeira leitura, a cláusula de autoincriminação não protege a capacidade do acusado de permanecer em silêncio, mas, sim, apenas os métodos impróprios de interrogatório. O fundamento, para essa corrente, seria a palavra “*compelled*” (constranger, extorquir), que representa o núcleo da cláusula contra a autoincriminação<sup>66</sup>.

Na segunda interpretação, mais moderna, a Suprema Corte vê no texto constitucional o direito de suspeitos e acusados permanecerem em silêncio, somente.

Nas palavras da Suprema Corte, “*In sum, the privilege is fulfilled only when the person is guaranteed the right ‘to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will’*”<sup>67</sup>. Caberia ao suspeito, assim, a “*free choice to admit, to deny, or to refuse to answer*”<sup>68</sup>. De acordo com tal concepção, o direito de permanecer em silêncio gozaria de proteção estatal absoluta, podendo ser renunciado pelas mais diversas razões, a critério do acusado.

Entretanto, para Charles Hobson<sup>69</sup>,

---

<sup>66</sup> A. ALSCHULER, in *A Peculiar Privilege...* p. 2626.

<sup>67</sup> Cf. *Miranda v. Arizona*, disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/384/436.html>, acesso em 10.06.2015.

<sup>68</sup> Cf. *Garner v. United States*, disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/424/648.html>, acesso em 10.06.2015.

<sup>69</sup> Cf. C. HOBSON, *The minimalist privilege*. NYU Journal of Law & Liberty. Disponível em [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060914.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060914.pdf), acesso em 10.06.2015, no original “The



*“A intenção por trás do privilégio não era criar um direito ao silêncio, mas sim proibir a incriminação extorquida sob juramento, tortura e, possivelmente, outras formas de coerção, como ameaças de punição ou promessas de indulgência. A incriminação coagida do acusado era aceitável, desde que não juramentada. A Quinta Emenda, vista no contexto do processo penal anglo-americano daquela época, não passava de uma garantia contra o ‘restabelecimento dos procedimentos ex-offício ou torturas judiciais’ do Estado. As aplicações modernas do privilégio, no entanto, vão muito além de sua história. A limitada história do privilégio não pode explicar ou justificar sua forma moderna .”<sup>70</sup> (tradução nossa)*

Parte da doutrina norte-americana moderna entende ser injustificada a interpretação extensiva da cláusula contra a autoincriminação<sup>71</sup>. Questiona-se<sup>72</sup>, por exemplo, por que somente o testemunho incriminatório estaria protegido (ao invés de todas as formas de testemunhos, ou, até mesmo por que não proteger todas as provas incriminatórias em posse do suspeito/acusado); argumentam que a existência do privilégio não é necessária para prevenir a tortura e que o privilégio não serve para proteger inocentes, porque *“since jurors are likely to equate silence with guilt, the innocent defendant is usually better off taking the stand”*<sup>73</sup>.

Charles Hobson<sup>74</sup> sugere que, enquanto não houver consenso sobre as justificativas do privilégio contra a autoincriminação, a interpretação recomendada seria a restritiva. Segundo defende, a interpretação restritiva manteria a fidelidade do privilégio

---

intent behind the privilege was not to create a right to silence but rather to prohibit compelled incrimination under oath, torture, and possibly other forms of coercion like threats of punishment or promises of leniency. Compelled incrimination from the accused was acceptable, so long as it was not under oath. The Fifth Amendment, when viewed in the context of Anglo-American criminal procedure at that time, was no more than a guarantee against the state’s ‘reimposing ex-officio procedures or judicial torture’. Modern applications of the privilege, however, go far beyond its history. The privilege’s limited history cannot explain or justify its modern form.”

<sup>70</sup> Albert Alshuler, no mesmo sentido, sustenta que *“the privilege against self-incrimination was not intended to afford defendants a right to remain silent or to refuse to respond to incriminating questions. Its purpose was to outlaw torture and other improper methods of interrogation.”* In *A Peculiar Privilege...* p. 2631.

<sup>71</sup> Charles Hobson aponta figuras como Cardozo, Pound, Corwin, e Wigmore. Cf. *The minimalist...*, p. 714.

<sup>72</sup> Tais questões são levantadas por C. HOBSON, in *The minimalist...* Disponível em [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060914.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060914.pdf), acesso em 10.06.2015.

<sup>73</sup> Cf. C. HOBSON, *The minimalist...*, p. 715-716. Mencionado autor acrescenta que *“While the privilege at best minimally protects the innocent, it substantially benefits the guilty. Like any privilege, the Fifth Amendment suppresses relevant evidence by preventing the state from using the defendant’s own words to help convict him or her. As Dolinko properly notes, most criminal defendants are in fact guilty. While recent scholarship asserts that the conviction of the innocent is much higher than presumed, these studies contain substantial problems, including great overstatements of the actual numbers involved.”* Cf. C. HOBSON, *The minimalist...*, p. 716.

<sup>74</sup> Cf. C. HOBSON, *The minimalist...*, p. 718.

com suas origens, minimizando os prejuízos causados pela interpretação ampliada<sup>75</sup>, que é justamente a perda de material probatório obtido com as declarações do acusado.

Sem embargo, e ainda que existam nuances, necessário registrar que a jurisprudência majoritária da Suprema Corte Americana não se filia à interpretação minimalista do privilégio. Duas decisões recentes indicam uma possível mudança interpretativa<sup>76</sup>. São eles: *Chávez versus Martinez* e *Hiibel versus Sixth Judicial District Court*.

Em *Chávez versus Martinez* a Suprema Corte enfrentou a alegação de violação da Quinta Emenda resultante de interrogatório que nunca foi utilizado para incriminar o suspeito.

No caso, Martinez foi interrogado por Chávez, um supervisor da polícia, enquanto recebia os devidos tratamentos pelos ferimentos de bala que recebeu em uma troca de tiros contra a polícia que o deixou cego e paralisado da cintura para baixo.

Segundo consta, em nenhum momento Martinez foi cientificado acerca dos *Miranda warnings*. Martinez nunca foi acusado de qualquer crime e suas respostas nunca foram utilizadas contra ele num processo penal. Mesmo assim, ele alegou a violação da Quinta Emenda. A Suprema Corte entendeu que a atitude do supervisor Chávez não privou Martinez do direito assegurado pela Quinta Emenda. A opinião do colegiado considerou que a falta de quaisquer consequências incriminadoras do interrogatório tornou o pedido insustentável<sup>77</sup>.

No segundo caso, Hiibel foi preso e condenado pelo tribunal de Nevada por se recusar a identificar-se para um policial durante uma *blitz* que investigava um assalto. De acordo com a legislação local, a pessoa detida por um policial em circunstâncias suspeitas é obrigada a se identificar.

Hiibel questionou a violação do direito a não se autoincriminar. A Suprema Corte entendeu que a prisão não violou o privilégio contra a autoincriminação. A Corte entendeu que na ausência de uma demonstração de que o próprio nome era de algum modo incriminador ou que seria usado em uma cadeia de evidências contra o suspeito, inexistia interesse válido protegendo seu direito de permanecer calado.

---

<sup>75</sup> Charles Hobson, defensor da corrente interpretativa restritiva, argumenta que texto constitucional deveria ser reformado para “include a prohibition ‘against unreasonable searches and seizures’”.

<sup>76</sup> *Chávez v. Martinez* [2003], inteiro teor disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/538/760.html>, acesso em 12.06.2015; e, *Hiibel v. Sixth Judicial District Court* [2004], inteiro teor disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/542/177.html>, acesso em 12.06.2015.

<sup>77</sup> Para Charles Hobson, esta seria a interpretação adequada do texto Quinta Emenda, pois “*The Fifth Amendment protects against compelled self-incrimination and nothing more.*”. sobre o assunto, cf. C. HOBSON, *The minimalist...*, p. 720.

Tal como o caso anterior, esta é uma interpretação estrita do privilégio assegurado pela Quinta Emenda.

## 2. Para onde iremos a partir daqui?

Como se nota, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi desenvolvido ao longo de trajetórias históricas muito distintas. As bases jurídicas que o justificaram também foram diferentes e variadas.

No entanto, uma vez reconhecido, o direito à não autoincriminação lentamente começou a se transformar ao longo dos séculos, até atingir o status de norma jurídica tida como *fundamental* para toda a base teórica do sistema de justiça criminal.

Nada obstante, a análise da perspectiva histórica do princípio *nemo tenetur se detegere* fornece uma orientação limitada na resolução dos problemas que os tribunais em geral enfrentam, pois, no contexto da autoincriminação, podem surgir tantas questões quanto puderem ser respondidas.

No futuro, no que toca à autoincriminação, os tribunais em geral, certamente, terão que lidar com questões estranhas<sup>78</sup>, envolvendo temas políticos e morais.

Por isso, segundo pensamos, o princípio *nemo tenetur se detegere* se apresenta com um colorido especial: a criminalidade moderna tem encorajado os Estados a adotarem uma justiça penal mais repressiva, com direitos individuais cedendo face ao interesse público. No entanto, a preocupação com a salvaguarda dos direitos fundamentais não deve jamais ser esquecida.

Neste contexto, o direito à não autoincriminação – em toda sua extensão –, torna-se mais essencial que nunca, tudo para alcançar um equilíbrio entre o Estado e os indivíduos.

Os registros históricos mostram como o instituto foi moldado tanto pelo momento histórico, como pelas necessidades contemporâneas. Conhecer a história do instituto certamente ajudará a olhar para o que o princípio realmente diz.

---

<sup>78</sup> Lembremos que o direito ao silêncio, dentre outras coisas, guarda profunda relação com o reconhecimento da advocacia como parte fundamental do processo, que paulatinamente acabou por afastar o juramento e as práticas inquisitórias das cortes eclesiásticas e cortes prerrogativas (*High Commission* e *Star Chamber*).

Sem embargo, o princípio *nemo tenetur* ainda é um enigma sem solução e de grandes proporções.

Dada essa grande dificuldade, é chegado o momento de olhar para as Cortes designadas à proteção dos direitos humanos<sup>79</sup>, e analisar como seus julgamentos apreciam os princípios gerais e as provisões específicas.

---

<sup>79</sup> Numa concepção geral, as funções contenciosas destas Cortes visam determinar se um Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação de algum dos direitos reconhecidos nas suas respectivas Convenções ou em outros tratados de direitos humanos aplicáveis ao respectivo sistema. Ademais, através desta via, cada Corte realiza a supervisão do cumprimento de suas sentenças, pois, a implementação efetiva das decisões é a peça fundamental da verdadeira vigência e eficácia do sistema protetivo, sem a qual se faz ilusório o propósito que determinou seu estabelecimento.

## CAPÍTULO II – O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

### 1. Noções gerais

Consiste o Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa combinação de normas de direitos humanos e instituições de controle dentro das Américas, cujo propósito é precisamente a promoção e proteção dos direitos humanos. Tal como o modelo europeu de proteção de direitos humanos, o Sistema Interamericano foi concebido para proteger os indivíduos da violência e opressão estatal. Centra-se o sistema, portanto, nas vítimas de abuso estatal.

As normas aplicáveis consistem principalmente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>80</sup> (em diante, Declaração Americana) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante Convenção Americana; Convenção)<sup>81</sup>.

As instituições de controle acima referidas são os órgãos responsáveis pela supervisão do cumprimento das regras estabelecidas. São elas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>82</sup> (a seguir, Comissão) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte)<sup>83</sup>.

A função de supervisão é executada, basicamente, através de relatórios enviados pelos países e aprovados pela Comissão, que descrevem a situação dos direitos

---

<sup>80</sup> Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em 1948, em Bogotá. O texto encontra-se disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, acesso em 21 de janeiro de 2016.

<sup>81</sup> Disponível em [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm), acesso em 21 de janeiro de 2016. Até o presente momento, vinte e cinco Estados Americanos ratificaram ou aderiram à Convenção Americana, incluindo: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. De acordo com informações constantes no portal da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Trinidad and Tobago denounced the American Convention on Human Rights, by a communication addressed to the General Secretary of the OAS on May 26, 1998. Venezuela denounced the American Convention on Human Rights, by communication to the General Secretary of the OAS, on September 10, 2012.*” (cf. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/historia-de-la-corteidh>, acesso em 21 de janeiro de 2016). O Brasil ratificou em 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O cumprimento de seus dispositivos foi determinado pelo Decreto 678 de 6 de novembro do mesmo ano.

<sup>82</sup> Cf. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>, acesso em 21 de janeiro de 2016.

<sup>83</sup> O artigo 1, do Estatuto da Corte Interamericana dispõe que “*The Inter-American Court of Human Rights is an autonomous judicial institution whose purpose is the application and interpretation of the American Convention on Human Rights. The Court exercises its functions in accordance with the provisions of the aforementioned Convention and the present Statute.*” Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/estatuto>, acesso em 21 de janeiro de 2016.

humanos em geral e através de petições individuais que alegam que os direitos internacionalmente protegidos foram violados.

Os indivíduos têm legitimidade para apresentar petições apenas para a Comissão<sup>84</sup>, e nunca ao Tribunal. Somente a Comissão pode decidir levar o caso para a Corte, que indicará como parte adversa um dos Estados que aderiram à jurisdição obrigatória da Corte, se esse Estado não cumprir, dentro de três meses, as recomendações da Comissão no caso denunciado.

O Conselho Permanente e a Assembleia Geral, órgãos políticos da Organização dos Estados Americanos (OEA), são também responsáveis por garantir a conformidade com a Declaração e Convenção Americanas, bem como com as decisões da Corte e do Tribunal<sup>85</sup>.

O presente capítulo destina-se a destacar os principais aspectos do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos; após, dissertar sobre as várias fases de seu progresso e desenvolvimento, para, finalmente, expor a abordagem e enfrentamento do princípio que protege os indivíduos contra a autoincriminação na jurisprudência da Corte.

## **2. Evolução Institucional**

### **2.1. A Nona Conferência Internacional Americana: a Declaração de Direitos e Deveres do Homem e a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

---

<sup>84</sup> Não há nenhum limite acerca de quem pode apresentar uma petição junto à Comissão. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas está legitimado; qualquer entidade não governamental legalmente reconhecida no Estado pode apresentar uma petição. Não se exige, inclusive, que o peticionário seja, ainda que de alguma forma, vítima de violações. É o que se infere da redação do artigo 44 da Convenção, *verbis*: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.”

<sup>85</sup> Cf. Carta da Organização dos Estados Americanos ([http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm), acesso em 21 de janeiro de 2016), assinada em Bogotá em 1948 e emendada pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "*Protocolo de Buenos Aires*", assinado em 27 de fevereiro de 1967, na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária; pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "*Protocolo de Cartagena das Índias*", assinado em 5 de dezembro de 1985, no Décimo Quarto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral; pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "*Protocolo de Washington*", assinado em 14 de dezembro de 1992, no Décimo Sexto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral; e, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "*Protocolo de Manágua*", assinado em 10 de junho de 1993, no Décimo Nono Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral.

A preocupação com a proteção internacional dos direitos humanos é um fenômeno recente na história, surgindo com a devastação causada pela Segunda Guerra Mundial<sup>86</sup>. De acordo com a lição de Flávia Piovesan, é “neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”<sup>87</sup>.

Com essa preocupação, em 1945, a cidade do México sediou a *Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz*, na qual os Estados Americanos aprovaram a Resolução XL, que dispõe sobre a Proteção Internacional dos Direitos Essenciais do Homem. Os precursores da Convenção Americana sobre Direitos Humanos datam dessa Conferência, que encarregou o *Inter-American Juridical Committee* a elaborar um esboço de declaração<sup>88</sup>.

Em 1948, a Nona Conferência Internacional Americana, que se reuniu em Bogotá, Colômbia, adotou, dentre outros instrumentos, a *Carta da Organização dos Estados Americanos*<sup>89</sup>.

A Carta da Organização dos Estados Americanos contém apenas dois dispositivos que tratam especificamente sobre direitos humanos. O primeiro, determina que “*Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo*”<sup>90</sup>; o segundo, delibera que os Estados devem desenvolver “*livre e espontaneamente, a sua vida cultural, política e econômica*”, respeitando “*os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal*”<sup>91</sup>.

A Nona Conferência adotou, também, a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*<sup>92</sup>. Mencionada Declaração constitui o

---

<sup>86</sup> Flávia Piovesan registra que “Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos... O legado do Nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência de determinada raça – a raça ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial”. Cf. F. PIOVESAN, *Direitos humanos e o princípio da dignidade humana*. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, p. 182.

<sup>87</sup> Cf. F. PIOVESAN, *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 81.

<sup>88</sup> Cf. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Basic documents...*, p. 5 e p. 9.

<sup>89</sup> Cf. [http://www.oas.org/pt/sobre/nossa\\_historia.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp), acesso em 21 de janeiro de 2016.

<sup>90</sup> Cf. artigo 3, alínea ‘1’ da Carta da Organização dos Estados Americanos.

<sup>91</sup> Cf. artigo 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos.

<sup>92</sup> Cf. [http://www.oas.org/pt/sobre/nossa\\_historia.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp), acesso em 21 de janeiro de 2016.

*“sistema inicial de proteção que os Estados Americanos consideram adequado às atuais circunstâncias sociais e jurídicas, não sem um reconhecimento de suas partes de que eles devem fortalecer cada vez mais esse sistema no campo internacional com condições que o torne mais favorável”*<sup>93</sup>.

Em 1959, o *Fifth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs*, realizado em Santiago, Chile, acatou a Declaração de Santiago que proclamou que a harmonia *“entre as repúblicas americanas só poderá ser eficaz na medida em que os direitos humanos, as liberdades fundamentais e o exercício da democracia representativa sejam uma realidade dentro de cada uma delas”*. Expôs, ainda, que *“os governos dos Estados americanos devem manter um sistema de liberdades para os indivíduos e de justiça social baseado no respeito aos direitos humanos fundamentais”*<sup>94</sup>. (tradução nossa)

Durante o encontro, os Ministros criaram a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, resolvendo parcialmente o problema que os Estados Americanos enfrentavam na ocasião: a ausência de um órgão responsável pelo controle da observância dos direitos humanos<sup>95</sup>.

O Conselho da Organização aprovou o Estatuto da Comissão em 25 de maio de 1960, e elegeu os seus primeiros membros em 29 de junho daquele ano. No ano seguinte a Comissão Interamericana de Direitos Humanos passou a visitar diversos países, para observar a situação de (des)respeito aos direitos humanos. Devido à falta de poderes, pouco a Comissão pôde fazer. Em 1965, na *Second Special Inter-American Conference*, sediada no Rio de Janeiro, Brasil, a Comissão aprovou a Resolução XXII, que expandiu suas funções e poderes<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Cf. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Basic documents...*, p. 6. (tradução livre do autor). No original: *“initial system of protection considered by the American States as being suited to the present social and juridical conditions, not without a recognition on their part that they should increasingly strengthen that system in the international field as conditions become more favorable”*. O texto original prossegue afirmando que *“the essential rights of man are not derived from the fact that he is a national of a certain state, but are based upon attributes of his human personality”*. (destacamos)

<sup>94</sup> Cf. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Basic documents...*, p. 7, no original, (...) *“among the American republics can be effective only insofar as human rights and fundamental freedoms and the exercise of representative democracy are a reality within each one of them”*. (...) *“the governments of the American states should maintain a system of freedom for the individual and of social justice based on respect for fundamental human rights”*.

<sup>95</sup> Consta na resolução elaborada ao fim do encontro: *“To create an Inter-American Commission on Human Rights, that will be composed of seven members elected, as individuals, by the Council of the Organization of American States from panels of three names presented by the governments. The Commission, which shall be organized by the Council of the Organization and have the specific functions that the Council assigns to it, shall be charged with furthering respect for such rights”*. Cf. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Basic documents...*, p. 7-8.

<sup>96</sup> Extrai-se do documento: *“Resolution XXII - Expanded Functions of the Inter-American Commission on Human Rights. The Second Special Inter-American Conference, RESOLVES: (...) 3. To authorize the*



## 2.2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos

O projeto original da Convenção foi elaborado pelo *Conselho Interamericano de Juristas*. Foi inicialmente apresentado ao Conselho da Organização dos Estados Americanos (O.E.A.) com o propósito de suscitar comentários e sugestões dos Estados membros e da Comissão Interamericana. Em 1967, a Comissão apresentou um outro projeto da Convenção. Para analisar esses vários projetos, a Organização dos Estados Americanos convocou uma *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, que se reuniu de 7 a 22 de novembro de 1969, em San José, Costa Rica. Em 21 de novembro, a Conferência aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>97</sup>.

A aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969 veio reforçar a proteção dos direitos humanos<sup>98</sup>. O projeto inspirou-se na Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>99</sup>.

A Convenção entrou em vigor no dia 18 de julho de 1978. É composta de 82 artigos, que codificam diversos direitos distintos. Tanto a Comissão (com estatuto revisto após a entrada em vigor da Convenção) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Commission to examine communications submitted to it and any other available information, to address to the government of any American State a request for information deemed pertinent by the Commission, and to make recommendations, when it deems this appropriate, with the objective of bringing about more effective observance of fundamental human rights. 4. To request the Commission to submit a report annually to the Inter-American Conference or Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs. This report should include a statement of progress achieved in realization of the goals set forth in the American Declaration, a statement of areas in which further steps are needed to give effect to the human rights set forth in the American Declaration, and such observations as the Commission may deem appropriate on matters covered in the communications submitted to it and in other information available to the Commission.”

<sup>97</sup> Cf. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Basic documents..., p. 9.

<sup>98</sup> É o que se infere a partir da leitura dos artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “**Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos** - 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. **Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno** - Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (destacamos)

<sup>99</sup> Para informações sobre a história legislativa da Convenção Americana, cf. “*Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos San Jose, Costa Rica, 7-22 noviembre de 1969, Actas y Documentos*, OEA/Ser.K/XVI 1.2 (1973)”, disponível em <https://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf>, acesso em 22 de janeiro de 2016.

(criada pela Convenção), são responsáveis pela salvaguarda e implementação desses direitos.

De acordo com o primeiro parágrafo de seu preâmbulo, o propósito da Convenção é *“consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”*.

A primeira parte da Convenção estabelece as obrigações que os Estados possuem de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, bem como seu dever de adotar as medidas legislativas (ou outras) que se revelem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Após, a Convenção passa a enunciar os direitos e liberdades protegidos por ela, concentrando-se principalmente sobre os direitos civis e políticos. No caso de direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados

*“comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos”*<sup>100</sup>.

A segunda parte da Convenção estabelece os meios de proteção que serão exercidos pelos órgãos competentes, nomeados de Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>101</sup> (artigo 33, alíneas *a* e *b*).

---

<sup>100</sup> Cf. artigo 26, da Convenção.

<sup>101</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com o artigo 1, do *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos* (disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>, acesso em 22 de janeiro de 2016) “é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.” A Corte exerce função contenciosa e consultiva. *“In the case of the adjudicatory jurisdiction, only the Commission and the States parties to the American Convention that have recognized the Court’s binding jurisdiction are authorized to present a case seeking the interpretation or application of the Convention, and then only after exhausting the appropriate procedures prescribed in Articles 48 to 50 thereof concerning the processing of cases before the Commission. In other words, the Court has jurisdiction only when the State party against which a case is brought has accepted the Court’s binding jurisdiction. The declaration whereby the State recognizes the Court’s binding jurisdiction may be made unconditionally, or on condition of reciprocity, for a specified period or for specific cases. In the case of the Court’s advisory jurisdiction, Article 64 of the Convention provides that any member State of the Organization may consult the Court on the interpretation of the Convention or of other treaties on the protection of human rights in the American States. This right of consultation extends to the organs listed in Chapter X of the OAS Charter, within the area of respective competence of each. At the request of any member State, the Court may also issue an opinion on the compatibility of any of the said State’s domestic laws with the aforementioned international instruments.”* Sobre o assunto, cf. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Basic documents..., p. 14.

Estes são os órgãos que detêm competência acerca de questões relacionadas com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes da Convenção, conforme disposto no citado artigo 33. As funções e poderes da Comissão estão definidas nos artigos 41 a 43 da Convenção. Os artigos 44 a 51 estabelecem o procedimento de comunicações individuais.

### **2.3. Outros instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos**

Nas últimas décadas, a Organização dos Estados Americanos adotou outros instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos.

Em 1985, a Assembleia Geral aprovou a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura<sup>102</sup>.

Três anos depois, a Assembleia Geral aprovou o Protocolo de San Salvador. Trata-se de protocolo adicional à Convenção Americana que versa sobre matérias de direitos econômicos, sociais e culturais.

Em 1990, a Assembleia Geral aprovou o Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte.

Durante a sua vigésima quarta sessão ordinária, realizada em Belém do Pará, Brasil, a Assembleia Geral aprovou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, que entrou em vigor em 28 de março de 1996, trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Este instrumento, dentre outras, apresenta uma definição detalhada de condutas consideradas como *tortura* e especifica quem será considerado culpado pela sua prática. O Estado signatário se compromete a não só punir severamente os perpetradores deste crime, mas, também, a tomar medidas para prevenir e punir quaisquer outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes dentro de sua respectiva jurisdição. Nos termos da presente Convenção, nenhuma pessoa acusada de tortura será capaz de escapar à justiça por fugir para o território de outro Estado Parte, pois o artigo 11 impõe que os Estados Partes tomem as medidas necessárias para conceder a extradição de toda pessoa acusada de delito de tortura ou condenada por esse crime. A Convenção para prevenir e punir a tortura entrou em vigor em 28 de fevereiro de 1987, trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

<sup>103</sup> Este instrumento contém uma definição detalhada do que se entende por *desaparecimento forçado* e de quem deve ser considerado culpado na ocorrência deste crime. O Estado signatário se compromete a não praticar, permitir ou tolerar o desaparecimento forçado de pessoas e se compromete a punir as pessoas que cometeram ou tentaram cometer este delito, bem como os seus cúmplices e acessórios. Ele, ainda, se compromete a tomar todas as medidas legislativas necessárias para criminalizar desaparecimento forçado e de cooperar uns com os outros para prevenir, punir e eliminar o desaparecimento forçado de pessoas, tomando as medidas necessárias para cumprir os compromissos assumidos na Convenção. Trata-se de crime passível de extradição; assim, nenhum acusado será capaz de escapar da punição por fugir para o território de outro Estado Parte. Malgrado firmada pela República Federativa do Brasil no dia 10 de junho de 1994, em Belém do Pará, foi promulgada somente em 2016, pelo Decreto n. 8.766, de 11 de maio.

Outro instrumento aprovado na sessão realizada em Belém do Pará foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, documento que entrou em vigor em 5 de março de 1995, trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação<sup>104</sup>.

Finalmente, em 14 de setembro de 2001, trinta dias após o depósito do sexto instrumento de ratificação, entrou em vigor a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência<sup>105</sup>.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é baseado, assim, em vários textos normativos interligados. Todos os Estados membros estão vinculados pela Carta da Organização dos Estados Americanos e às referências aos direitos humanos que nela contém.

Os Estados signatários da Convenção também devem respeitar e garantir os direitos e garantias nela previstos<sup>106</sup>, bem como aqueles outros previstos nos instrumentos acima mencionados, destinados à proteção dos direitos humanos.

### **3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: sua composição e jurisdição**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, formalmente constituída em 1979, é composta de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados partes, de uma lista de candidatos proposta pelos mesmos Estados<sup>107</sup>.

A Convenção limita sua competência aos Estados que aceitaram a jurisdição da Corte<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> Trata-se de instrumento que estabelece uma definição pormenorizada do que se deve entender sobre *violência contra a mulher*, que inclui dano físico, sexual e psicológico ou sofrimento. Dispõe que toda mulher tem o direito de ser livre de qualquer forma de violência e o direito de desfrutar de todos os direitos humanos e liberdades consagrados nos instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos. O Estado contratante deve condenar todas as formas de violência contra a mulher e se comprometer a investigar, processar e punir esse tipo de violência com a devida diligência, além de buscar políticas e medidas destinadas à prevenção e erradicação deste tipo de crime. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.

<sup>105</sup> Os objetivos desta Convenção são prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência e promover a sua plena integração na sociedade. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001.

<sup>106</sup> A própria Convenção, no preâmbulo, menciona a Carta da OEA, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

<sup>107</sup> Cf. artigos 52 e 53 da Convenção.

<sup>108</sup> Dispõe o artigo 62, da Convenção, “1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar

Conforme dicção do artigo 61.1, da Convenção, somente os Estados partes e a Comissão têm poder de submeter os casos à apreciação da Corte.

A decisão proferida será definitiva e inapelável. Qualquer divergência sobre o alcance ou sentido do julgamento será interpretado pela Corte, a pedido das partes, desde que requerido dentro do prazo de noventa dias, contados a partir da notificação<sup>109</sup>.

### 3.1. Competência Consultiva

De acordo com o disposto no artigo 64, da Convenção, além de conhecer casos contenciosos, a Corte detém ampla competência consultiva<sup>110</sup>.

Através de sua competência consultiva, a Corte pode emitir pareceres não vinculativos<sup>111</sup>, destinados a esclarecer a responsabilidade dos Estados de acordo com o ordenamento internacional de direitos humanos.

Nos termos do artigo 64.1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a competência consultiva se estende a todos os Estados membros, que poderão consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nas Américas.

A Corte, ainda, a pedido dos Estados membros, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais, conforme disposto no artigo 64.2, da Convenção.

Como o parecer consultivo não é vinculativo, a jurisprudência da Corte Interamericana se firmou no sentido de que esta competência está disponível para um público mais amplo que aqueles sujeitos à jurisdição contenciosa da Corte.

---

que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”

<sup>109</sup> Cf. artigo 67, da Convenção.

<sup>110</sup> Na Opinião Consultiva n. 3/83, de 8 de setembro de 1983 (restrições à pena de morte), a Corte destacou que sua competência consultiva cria “*un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.*” Cf. parágrafo 43.

<sup>111</sup> Não obstante, na Opinião Consultiva n. 20/09, a Corte rememora que sua competência consultiva não deve, em princípio, exercer-se mediante especulações meramente acadêmicas, sem uma previsível aplicação a situações concretas que justifiquem o interesse de que se emita uma opinião consultiva.

Na Opinião Consultiva 18/03, o Tribunal declarou que limitar sua decisão aos Estados que ratificaram a Convenção resultaria na dificuldade em dissociar o parecer consultivo de uma decisão específica sobre a legislação e as práticas dos Estados que não ratificaram a Convenção, em relação às questões levantadas<sup>112</sup>.

Na opinião da Corte, isso iria limitar o objeto do procedimento consultivo, destinado a facilitar aos Estados membros e órgãos da Organização dos Estados Americanos a obtenção de uma interpretação jurisprudencial de uma disposição da Convenção ou de outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos estados americanos.

Além disso, se a opinião consultiva fosse destinada a alcançar somente os Estados que ratificaram a Convenção Americana, a Corte prestaria seus serviços consultivos a um número reduzido de estados americanos, o que contraria o interesse geral que reveste a consulta.

Por conta disso, a Corte determina que o objeto da opinião consultiva se aplica aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos que assinaram a Carta da OEA, aos Estados que subscreveram a Declaração Americana de Direitos do Homem, aos que assinaram a Declaração Universal de Direitos Humanos, ou ratificaram o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, independentemente de terem ou não ratificado a Convenção Americana ou alguns de seus protocolos facultativos<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> De acordo com a Opinião Consultiva 18/03, “(...) 57. Lo anterior significa que la Corte tiene competencia para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Carta de la OEA, teniendo en cuenta la relación de dicha Carta con el sistema interamericano de protección de derechos humanos, concretamente en el marco de la Declaración Americana, la Convención Americana, u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. 58. Ahora, si la Corte circunscribiese su pronunciamiento a aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana, sería difícil desvincular la presente Opinión Consultiva de un pronunciamiento específico sobre la legislación y prácticas de los Estados que no han ratificado la Convención en relación con las preguntas planteadas. Esta circunstancia, a juicio de la Corte, limitaría el objeto del procedimiento consultivo, el cual, como ya se dijo, ‘está destinado [...] a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’. 59. Además, si la opinión alcanzara sólo a Estados Miembros de la OEA que son Partes de la Convención Americana, el Tribunal prestaría sus servicios consultivos a un número reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta. 60. Por estas razones, la Corte determina que todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos.”

<sup>113</sup> Na Opinião Consultiva 5/85, a Corte considerou que a Convenção (ao permitir um sistema de opiniões consultivas), cria um sistema paralelo com o artigo 62 e oferece um método judicial alternativo de natureza consultiva, destinado a ajudar os Estados e órgãos a cumprirem e aplicarem os tratados de direitos humanos, sem os sujeitarem ao formalismo e às sanções constantes no processo contencioso. A mesma tese foi utilizada na antiga Opinião Consultiva n. 3/83.

Em contrapartida, a Corte não emitirá opiniões consultivas quando, ainda que de maneira indireta, possa assinalar a solução a assuntos litigiosos pendentes de julgamento.

É o que ficou assentado na Opinião Consultiva 12/91. No caso, a Corte entendeu que responder às perguntas apresentadas, via opinião consultiva, poderia trazer como resultado uma solução encoberta de assuntos litigiosos pendentes de julgamento, sem que as vítimas tivessem oportunidade de manifestação, o que destoaria o sistema da Convenção<sup>114</sup>.

### 3.2. Competência contenciosa

A competência contenciosa permite que a Corte conheça as demandas a ela submetidas, julgando-lhes o mérito e permitindo a adoção de medidas provisórias e corretivas<sup>115</sup>.

Os legitimados podem se valer da jurisdição contenciosa da Corte para postularem questões envolvendo tanto a interpretação como a aplicação da Convenção Americana<sup>116</sup>. No entanto, a jurisdição contenciosa da Corte se estende somente para a Comissão e para os Estados partes que aceitaram sua jurisdição<sup>117</sup>.

Tal como a Comissão, a Corte pode aplicar medidas provisionais em casos de extrema urgência e gravidade. Este poder se aplica aos casos já submetidos à Corte ou, a pedido da Comissão, a casos ainda não apresentados<sup>118</sup>.

A Corte dispõe também de mecanismos para garantir o pagamento de indenizações à parte lesada.

---

<sup>114</sup> A Corte deixa clara a ideia de que o processo contencioso é, por definição, uma oportunidade para que os assuntos sejam discutidos e confrontados, o que não ocorre no processo consultivo.

<sup>115</sup> Dispõe o artigo 63 da Convenção: “1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”

<sup>116</sup> Cf. artigos 62.3 e 63.1.

<sup>117</sup> Cf. artigo 61.

<sup>118</sup> O artigo 63.2 determina que: “Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.” Interessante registrar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seus 59 artigos, não enumera de dispositivo semelhante.

O artigo 68.1 da Convenção Americana determina que os “Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”<sup>119</sup>.

As decisões da Corte, como já mencionado, são irrecorríveis.

O Estado que não cumprir com o decidido será reportado para a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, com as recomendações da Corte<sup>120</sup>.

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos pode adotar medidas políticas, caso necessário<sup>121</sup>. Com isso, a jurisdição contenciosa da Corte fortalece o respeito aos direitos humanos e ao sistema de proteção interamericano.

### 3.2.1. Procedimento utilizado na competência contenciosa

Para deflagrar a jurisdição contenciosa da Corte, uma petição ou comunicado alegando uma violação de direitos humanos contra determinado Estado deve ser apresentada, seguindo o procedimento previsto na Convenção Americana.

Em primeiro lugar, uma vez que inexistente acesso direto à Corte<sup>122</sup> o peticionário deverá enviar uma comunicação/petição à Comissão<sup>123</sup>.

Para determinar a admissibilidade do pedido, será necessário que o peticionário atenda às exigências previstas no artigo 46, da Convenção, como segue:

---

<sup>119</sup> A execução da sentença que determinar o pagamento de indenização compensatória poderá ser executada no país condenado através das normas destinadas a execução contra a Fazenda Pública, conforme disposto no artigo 68.2, da Convenção.

<sup>120</sup> Conforme dicção do artigo 65 da Convenção “A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.”

<sup>121</sup> Dispõe o artigo 23 da *Charter of the Organization of American States* que “*Measures adopted for the maintenance of peace and security in accordance with existing treaties do not constitute a violation of the principles set forth in Articles 19 and 21. [Article 19 - No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. The foregoing principle prohibits not only armed force but also any other form of interference or attempted threat against the personality of the State or against its political, economic, and cultural elements. (...)]* Article 21- *The territory of a State is inviolable; it may not be the object, even temporarily, of military occupation or of other measures of force taken by another State, directly or indirectly, on any grounds whatever. No territorial acquisitions or special advantages obtained either by force or by other means of coercion shall be recognized.*” Disponível em [http://www.oas.org/dil/treaties\\_A-41\\_Charter\\_of\\_the\\_Organization\\_of\\_American\\_States.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm), acesso em 25 de janeiro de 2016.

<sup>122</sup> Tal dinâmica difere do atual regime adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos que, desde o Protocolo n. 9, de novembro de 1990, passou a permitir que as petições fossem apresentadas diretamente pelos indivíduos prejudicados, regime esse reforçado pelo Protocolo n. 11, de 1º de novembro de 1998.

<sup>123</sup> Cf. a regulamentação prevista nos artigos 48 a 52, da Convenção Americana.



*“1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:*

*a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;*

*b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;*

*c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e*

*d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.*

*2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:*

*a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;*

*b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e*

*c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.”<sup>124</sup>*

Como essa primeira etapa pode demandar tempo, em casos graves e urgentes, a Comissão poderá, desde logo, acatar a petição, bastando que atenda aos pressupostos formais de admissibilidade<sup>125</sup>.

Sem indícios de urgência, a petição será presumida admissível, enquanto a Comissão solicita informações do Estado demandado. O Estado disporá de “*prazo razoável*” para apresentar suas informações, fixado pela Comissão, de acordo com as circunstâncias de cada caso<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> Em contrapartida, nos termos do artigo 47, da Convenção: “A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando: a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46; b. não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção; c. pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou d. for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.”

<sup>125</sup> De acordo com o artigo 48.2, da Convenção, “Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.”

<sup>126</sup> Dispõe o artigo 48.1.a, da Convenção: “1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: a. se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso”;

Em seguida, a admissibilidade da petição/comunicação será reavaliada, tão logo recebidas as informações do Estado requerido. Se infundada, será arquivada<sup>127</sup>; se o Estado não apresentar informações suficientes para refutar a acusação, presumir-se-ão verdadeiras as alegações do peticionário, tornando-se admissível o pedido.

Se o expediente não houver sido arquivado, a Comissão, com o fim de comprovar os fatos, procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Caso se mostre necessário, a Comissão procederá a uma investigação, devendo o Estado acusado proporcionar todas as facilidades necessárias<sup>128</sup>.

Caso não cheguem a uma solução amigável, a Comissão elabora um relatório e envia para ambas as partes<sup>129</sup>. A partir do momento em que o relatório é enviado, às partes são dados três meses para: a) resolverem amigavelmente a questão<sup>130</sup>; b) o Estado se sujeitar à decisão da Corte ou Comissão; c) remeterem o processo à Corte; d) solicitarem que a Comissão submeta o caso à Corte; ou e) não fazerem nada<sup>131</sup>.

Importante registrar que a Comissão detém o poder discricionário para remeter ou não o caso à Corte<sup>132</sup>.

Embora a Comissão seja a responsável primária para interpretar e aplicar a Convenção, a Corte não estará vinculada às decisões da Comissão.

---

<sup>127</sup> Conforme artigo 48.1.b, da Convenção: “1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: (...) b. recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;”

<sup>128</sup> Artigo 48.1.d, da Convenção.

<sup>129</sup> Segundo dispõe o artigo 49, da Convenção, “Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.”

<sup>130</sup> Lembremos aqui que o artigo 50.3, da Convenção permite que “Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.”

<sup>131</sup> Cf. artigo 51, da Convenção.

<sup>132</sup> Basta, nos termos do artigo 62, da Convenção, que o Estado acusado tenha aderido à competência da Corte. Assim, conforme o dispositivo citado “1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”

Por fim, remetida a demanda à jurisdição contenciosa da Corte, o trâmite processual seguirá o rito previsto no Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Regulamento), aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009<sup>133</sup>.

Em linhas gerais, o procedimento descrito no regulamento envolve estágios escritos (o procedimento escrito encontra-se regulado nos artigos 34 a 43 e 56 a 60 do Regulamento) e orais (regulamentado nos artigos 45 a 55). Os artigos 70 a 75 do Regulamento disciplinam a emissão de pareceres consultivos, concernentes à interpretação da Convenção, de outros tratados e/ou leis internas.

Note que as matérias objeto de pareceres consultivos são próximas às matérias contenciosas julgadas pela Corte. O que distingue a competência consultiva da contenciosa é justamente a natureza definitiva que esta última assume, já que o parecer, como registrado, não possui força vinculativa.

Evidentemente, as linhas acima não esgotam a análise das normas procedimentais aplicáveis. Vários outros pontos são de extrema relevância. Poderíamos citar, como exemplo, a análise da exaustão dos recursos internos, a participação de *amicus curiae*, questões envolvendo os critérios de apreciação de provas, direitos e deveres das partes (vítima e Estados), cânones de interpretação, reparações (talvez a maior contribuição da Corte Interamericana, com grande desenvolvimento teórico/metodológico), dentre outros. No entanto, a análise de tais tópicos se afasta da proposta do presente trabalho e não serão examinados.

#### **4. Desafios do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos**

Como mencionado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi assinada em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo primordial de reforçar a proteção dos direitos humanos no continente americano.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, foi formalmente constituída em 1979.

---

<sup>133</sup> Uma versão redigida na Língua Portuguesa encontra-se disponível em [http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf), acesso em 26 de janeiro de 2016.

Relembrar o contexto histórico da época é importante para a análise do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos.

Trata-se de época em que diversos Estados, dirigidos por regimes autoritários, cometeram crimes horríveis, em que graves violações de direitos humanos ocorreram.

O nível de abuso dos direitos humanos é nada menos que chocante: prisões arbitrárias, desaparecimentos forçados, torturas e execuções extrajudiciais são comuns em várias regiões dos países latinos. Mais grave é o fato de alguns governos parecerem considerar justificável (moral e politicamente) tais violações, quando aplicadas contra grupos dissidentes.

Informa-nos Mary C. Parker<sup>134</sup> que,

*“Em 1981, cerca de 13.000 ‘desaparecimentos’ em 15 países, incluindo Argentina, Brasil, Honduras, Guatemala e México, foram relatados aos grupos de trabalho das Nações Unidas. No mesmo ano, a Anistia Internacional recebeu inúmeras denúncias sobre condições desumanas de prisão e tortura de prisioneiros políticos no Chile, Colômbia, El Salvador, Guatemala, Haiti e em outros países.”* (tradução nossa)

Por seu turno, Flávia Piovesan<sup>135</sup> acrescenta que

*“Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.*

*Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.*

*Ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias; dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas das prisões ilegais e arbitrárias; da perseguição político-ideológica; e da abolição das liberdades de expressão, reunião e associação.”*

---

<sup>134</sup> Cf. M. C. PARKER, *“Other treaties”*: the inter-american court of human rights..., p. 211, nota n. 2. No original, *“In 1981 approximately 13,000 ‘disappearances’ in 15 countries, including Argentina, Brazil, Honduras, Guatemala, and Mexico, were reported to a United Nations working group. The same year Amnesty International received many reports of inhumane prison conditions and torture of political prisoners in Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Haiti, and other countries.”*

<sup>135</sup> Cf. F. PIOVESAN, *Temas...*, p. 92-93.

No contexto de tais problemas, a análise de mais de cinquenta casos submetidos a julgamento pela Corte, permite inferir a existência de três fases principais de desenvolvimento jurisprudencial, embora não sejam absolutamente separadas ou distintas.

Nos seus primeiros anos, o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos precisou enfrentar os problemas causados por regimes ditatoriais, que praticaram massivas e graves violações de direitos humanos, dentre elas o desaparecimento forçado, torturas e execução extrajudiciais, que constituem a mais egrégia violação dos direitos humanos<sup>136</sup>.

A maioria das violações ocorridas neste contexto foram cometidas pelos Estados em suas alegadas lutas contra o terrorismo<sup>137</sup>. Os resultados dessa verdadeira *guerra* foram os graves abusos cometidos pelos Estados, com violações dos direitos e liberdades individuais e com a punição de inocentes.

Como exemplos, podemos apontar os seguintes casos: Caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, de 26 de junho de 1987; Caso Godínez Cruz *versus* Honduras, de 20 de janeiro de 1989; Caso Blake *versus* Guatemala, de 24 de janeiro de 1998; Caso Loayza Tamayo *versus* Perú, de 27 de novembro de 1998; Caso Durand y Ugarte *versus* Perú, de 28 de maio de 1999; Caso Las Palmeras *versus* Colombia, de 6 de dezembro de 2001; Caso Myrna Mack Chang *versus* Guatemala, de 25 de novembro de 2003; Caso Maritza Urrutia *versus* Guatemala, de 27 de novembro de 2003; Caso 19 Comerciantes *versus* Colombia, de 5 de julho de 2004; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *versus* Perú, de 8 de julho de 2004; Tibi *versus* Ecuador, de 7 de setembro de 2004; Caso Masacre

---

<sup>136</sup> O caso Velásquez Rodríguez, por exemplo, demonstra como era a realidade em Honduras, pois os fatos se produziram em um contexto em que “durante los años de 1981 a 1984, entre 100 y 150 personas desaparecieron sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener alguna noticia. Tales desapariciones tenían un patrón muy similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas. Al respecto, la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección. Manfredo Velásquez era un estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Desapareció el 12 de septiembre de 1981 en un estacionamiento de vehículos en el centro de Tegucigalpa, secuestrado por varios hombres fuertemente armados, vestidos de civil, que utilizaron un vehículo Ford de color blanco y sin placas. El secuestro fue llevado a cabo por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección.” Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId\\_Ficha=189&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=189&lang=es), acesso em 26 de janeiro de 2016.

<sup>137</sup> O caso Castillo Petruzzi, como outros, relata a situação do Peru, aduzindo que “el Perú atravesó desde [1980] en adelante una delicadísima situación generada por el azote del flagelo terrorista, cuyas consecuencias aún persisten [...] obligando a las autoridades competentes a implementar una legislación adecuada para esas circunstancias. Ante esta situación, el Poder Ejecutivo utilizó las facultades otorgadas en los artículos 231, inciso a) de la Constitución Política de 1979, y 137 inciso 1) de la Constitución Política de 1993, y dictó el estado de emergencia en las circunscripciones afectadas, por un plazo de sesenta días, bajo un ‘marco legal estricto’. Cf. parágrafos 106 e seguintes do caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú.

Plan de Sánchez *versus* Guatemala, de 19 de novembro de 2004; Caso Carpio Nicolle y otros *versus* Guatemala, de 22 de novembro de 2004; Caso de las Hermanas Serrano Cruz *versus* El Salvador, de 1 de março de 2005; Caso de la Comunidad Moiwana *versus* Surinam, de 15 de junho de 2015; Caso Gutiérrez Soler *versus* Colombia, de 12 de setembro de 2005; e o Caso Blanco Romero y otros *versus* Venezuela, de 28 de novembro de 2005.

Um segundo momento, é caracterizado pelo surgimento dos regimes democráticos na região<sup>138</sup>, bem como pelas tentativas de analisar e rever os desastres causados pelos regimes ditatoriais.

Nesse contexto, a Corte enfrentou questões referentes à impunidade, liberdade de expressão e devido processo.

Ademais, com fundamento nos artigos 1 (notadamente no tópico 1) e 2 da Convenção Americana<sup>139</sup>, a Corte desenvolveu as obrigações dos Estados, especificamente os deveres de investigar e punir os supostos responsáveis por violações dos direitos humanos e ajustar a legislação interna de seus respectivos territórios com o texto da Convenção Americana.

Como exemplo dessa segunda fase, podemos mencionar o Caso Barrios Altos *versus* Peru<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Citando Bassiouni, Fernando Felipe Basch relembra que “*Neither democracy nor human rights can exist without one another-and neither can exist without the individual protection of persons brought into the criminal process, because it is in that arena where most human rights violations occur.*” Cf. F. F. BASCH, *The doctrine of the inter-american court of human...*, p. 215, nota 81.

<sup>139</sup> **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos** – (1) Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (2) Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. **Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno** - Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (destacamos)

<sup>140</sup> O caso envolvia mortes extrajudiciais na suposta luta do Peru contra o terrorismo. O caso é particularmente interessante porque decide sobre a validade de leis de anistia aprovadas pelo estado peruano, com o propósito de impedir as investigações dos supostos crimes e proteger os agentes que cometeram massivas violações de direitos humanos. Segundo consta, em 3 de novembro de 1991, seis membros do exército adentraram em um edifício no bairro de Barrios Altos, em Lima, Peru, enquanto as vítimas participavam de uma festa destinada à angariação de fundos. Os militares, após ordenarem que todos se deitassem no chão, passaram a abrir fogo indiscriminadamente. Como resultado, quinze pessoas foram mortas e outras quatro ficaram feridas. O incidente estava relacionado com o “*Grupo Colina*”, uma divisão dentro do exército peruano, que atuava como um esquadrão da morte na luta contra o terrorismo. As informações recolhidas mais tarde, a partir de diferentes fontes, sugeriram que, antes deste incidente, houve uma série de ataques terroristas atribuídos ao “*Sendero Luminoso*” que poderia ter provocado o ataque militar, o que nunca foi provado na Corte Interamericana. Em decorrência dos fatos, o Peru teria aprovado diversas leis de anistia. Além disso, aprovou uma lei que impedia o judiciário de rever leis de anistia. A Corte

Ainda sobre esse aspecto, merece menção a adoção da *Inter-American Democratic Charter*<sup>141</sup>, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos realizada em Lima, Peru, no dia 11 de setembro de 2001.

Em linhas gerais, este documento condena os Estados membros que abandonam o direito à democracia, princípio ali estabelecido<sup>142</sup>. De outro lado, a Carta estabelece que o respeito aos direitos humanos é um elemento essencial da democracia<sup>143</sup>, o que reforça a ideia da relação existente entre os direitos humanos e o princípio democrático. Sem dúvida, a adoção da Carta contribui para a consolidação da ideia de que o regime democrático é o único regime legítimo (e apto) para promover o respeito aos direitos e liberdades individuais.

Uma terceira fase é marcada por processos envolvendo questões de exclusão e desigualdades sociais, como no Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *versus* Nicaragua, de 31 de agosto de 2001<sup>144</sup>.

Interamericana decidiu que “(...) 41. (...) *son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*” Registrou, ainda, que “(...) 43. (...) *Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.*”

<sup>141</sup> Disponível em <http://cidh.oas.org/Basicos/English/Basic23.IA%20Domocratic%20Charter.htm>, acesso em 28 de janeiro de 2016.

<sup>142</sup> De acordo com o artigo 1, da Inter-American Democratic Charter, “*The peoples of the Americas have a right to democracy and their governments have an obligation to promote and defend it. Democracy is essential for the social, political, and economic development of the peoples of the Americas.*”; o artigo 3 determina que “*Essential elements of representative democracy include, inter alia, respect for human rights and fundamental freedoms, access to and the exercise of power in accordance with the rule of law, the holding of periodic, free, and fair elections based on secret balloting and universal suffrage as an expression of the sovereignty of the people, the pluralistic system of political parties and organizations, and the separation of powers and independence of the branches of government.*”

<sup>143</sup> Muito claro, nesse sentido, o artigo 7, da Inter-American Democratic Charter: “*Democracy is indispensable for the effective exercise of fundamental freedoms and human rights in their universality, indivisibility and interdependence, embodied in the respective constitutions of states and in inter-American and international human rights instruments.*”

<sup>144</sup> Trata-se de comunidade indígena composta de aproximadamente 630 indivíduos, que habita a terra na costa atlântica do Nicarágua por gerações. A área é rica em madeira e outros recursos naturais. Por mais de cinquenta anos, a tribo vem pedindo que o governo demarque suas terras, fato que até então não havia ocorrido. As preocupações da comunidade sobre a titulação e demarcação da área cresceu quando governo passou a conceder à empresas permissão para entrar nas terras Awas Tingni, para a exploração madeireira em larga escala. A comunidade decidiu ingressar com ações judiciais, tanto no âmbito doméstico, como internacional. Depois de várias tentativas, ainda no âmbito nacional, a comunidade conseguiu obter a revogação das concessões. No entanto, a titulação e demarcação das terras ainda estavam pendentes. Devido à falta de cooperação do governo a este respeito e o não cumprimento das recomendações da Comissão, o caso foi levado à Corte Interamericana. A petição solicitou a condenação do Nicarágua para estabelecer e implementar um procedimento que resultaria na demarcação e reconhecimento específico de terras da

Sabemos que a esmagadora maioria dos países situados do hemisfério ocidental sofre da distribuição mais desigual de riquezas, o que por si só ataca o princípio democrático<sup>145</sup>. Igualmente, conspira contra os valores democráticos a situação dos grupos vulneráveis (como indígenas, miseráveis, mulheres, minorias e crianças), que, não raro, não gozam plenamente os direitos humanos.

Estas questões fornecem os mais diversos pretextos para que regimes autoritários de diferentes tipos apresentem alternativas ideológicas para a democracia e os direitos humanos, como refletido no Sistema Interamericano.

Não obstante, tanto a Comissão como a Corte têm avançado na promoção da proteção dos direitos humanos.

Malgrado diversos avanços, o maior desafio do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos ainda persiste: consolidar o regime democrático, com o consequente respeito pleno aos direitos humanos nas mais diversas esferas (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), e romper o legado da cultura ditatorial<sup>146</sup>.

É à luz do contexto acima narrado que o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos deve ser compreendido e estudado.

## 5. A análise da jurisprudência da Corte Interamericana: esclarecimentos

Antes de adentrarmos especificamente na análise da jurisprudência da Corte acerca do princípio *nemo tenetur*, é necessário traçarmos alguns breves esclarecimentos.

Como mencionado no tópico pretérito, a maior parte da jurisprudência analisada tem relação com graves e hediondas violações de direitos humanos. Envolvem

---

comunidade Awas Tingni, e para proporcionar uma compensação monetária, pela violação de seus direitos de propriedade. No julgamento, a Corte admitiu que a comunidade tinha o direito ao reconhecimento dos direitos de propriedade sobre suas terras. O caso da comunidade Awas Tingni foi a primeira decisão internacional a reconhecer o direito à propriedade comunal. Foi, também, a primeira decisão internacional a reconhecer os costumes indígenas como fontes de direitos e obrigações aplicáveis. A Corte, neste caso, reiterou o direito de povos indígenas de viver livremente em seu território e reconheceu suas diferenças culturais e sociais, diferenças estas que devem ser respeitadas.

<sup>145</sup> Nesse sentido, a Inter-American Democratic Charter dispõe: “**Article 11** - Democracy and social and economic development are interdependent and are mutually reinforcing. **Article 12** - Poverty, illiteracy, and low levels of human development are factors that adversely affect the consolidation of democracy. The OAS member states are committed to adopting and implementing all those actions required to generate productive employment, reduce poverty, and eradicate extreme poverty, taking into account the different economic realities and conditions of the countries of the Hemisphere. This shared commitment regarding the problems associated with development and poverty also underscores the importance of maintaining macroeconomic equilibria and the obligation to strengthen social cohesion and democracy.” (destacamos)

<sup>146</sup> Cf. F. PIOVESAN, *Temas...*, p. 93.



práticas de tribunais militares, práticas sistemáticas e contínuas de desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais sumárias, maus tratos e torturas, detenções arbitrárias, grupos de extermínio, governos omissos quanto a tomada de medidas para prevenir e punir responsáveis e pessoas acusadas de praticarem terrorismo, traição à pátria ou tráfico de drogas, situações essas que levaram alguns dos estados latino-americanos a adotarem legislações que limitavam as garantias processuais, notadamente o devido processo e o direito de defesa.

Ao lado disso, em comparação com a Corte Europeia de Direitos Humanos, não podemos olvidar que a atividade contenciosa da Corte Interamericana é recente, pois, a despeito de formalmente constituída em 1979, seu primeiro julgamento foi proferido somente no ano de 1988<sup>147</sup>, com o julgamento do caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*.

No que toca à estrutura formal dos julgados, a Corte ainda segue o mesmo padrão. Os julgados iniciam com uma introdução, na qual são registrados os fatos e os dispositivos correspondentes às violações havidas; na sequência, reafirma sua competência sobre o caso; após, discrimina longos relatórios sobre os trâmites havidos tanto na Comissão quanto na Corte; eventualmente, menciona as medidas provisórias aplicadas; seguindo, relata todas as provas colacionadas (menciona todos os documentos juntados, bem como seu respectivo conteúdo, e sintetiza todos os depoimentos tomados); feitos esses longos relatórios, a Corte usualmente registra quais serão os critérios aplicados na apreciação das provas, atribuindo a valoração respectiva tanto nos documentos como nos depoimentos; superados esses momentos, a Corte menciona, com base nos depoimentos e documentos, os fatos que considera comprovados<sup>148</sup>; prosseguindo, a Corte analisa os fatos tidos como provados à luz dos dispositivos da Convenção.

Neste momento, como bem observa Salvador Herencia Carrasco<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Cf. F. F. BASCH, *The doctrine of the inter-american court of human...*, p. 199. Toda a atividade da Corte (julgamentos, pareceres, casos, opiniões consultivas, etc.) também encontra-se registrada na obra ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Basic documents...*, a partir da p. 295.

<sup>148</sup> Neste momento, a Corte geralmente desce à minúcias. No caso de *los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, por exemplo, a Corte destaca a situação de terror vivida no Peru entre os anos 1984 e 1993, devido a confrontos entre grupos armados e agentes das forças armadas; que as vítimas trabalhavam ajudando seus pais; que quando detidos foram lançados ao solo e golpeados com pontapés; que tiveram as cabeças encobertas; como os pais dos meninos procederam para denunciarem o caso; a situação dos familiares, e por aí vai.

<sup>149</sup> Cf. S. HERENCIA CARRASCO, *El derecho de defensa en la jurisprudencia de la corte interamericana...*, p. 376.

*“(…) la jurisprudencia de la Corte IDH no ha dado un amplio desarrollo dogmático a las garantías de la defensa. En la mayor parte de la jurisprudencia analizada, la Corte describe cómo cada uno de los hechos constituye una violación a la Convención, más que analizar el contenido y el alcance de cada uno de estos derechos.”<sup>150</sup>*

Por conta desse desenvolvimento (descrição de como cada um dos fatos provados constituem uma violação à Convenção), em muitos casos a análise das garantias previstas na Convenção acaba se resumindo numa mera subsunção: se o fato foi considerado provado na etapa anterior, então houve a violação.

Para aclarar e exemplificar a ideia acima exposta, duas ementas merecem registro<sup>151</sup>:

*“\* Violación del derecho a no autoincriminarse. En el Caso Cantoral Benavides, la víctima fue sometida a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas, por lo cual, la Corte declara que el Estado violó, en perjuicio del señor Luis Alberto Cantoral Benavides, los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención Americana.”*

*“\* Violación de las garantías judiciales por la inobservancia del plazo razonable, desconocimiento de la presunción de inocencia, del derecho a que se le comunique la acusación formulada, a ser asistido por un abogado, a no autoincriminarse y a la falta de recursos efectivos. (...) La Corte advierte que el señor López Álvarez no tuvo oportunidad de rendir declaración indagatoria en la presencia de su abogado, con quien tuvo comunicaciones algunos días después de su detención. En consecuencia, no se le garantizó el derecho de contar con abogado defensor conforme al artículo 8.2.d de la Convención. La Corte estimó que la presunta víctima fue sometida a tales actos con el propósito de debilitar su resistencia psíquica y obligarle a autoinculparse por el hecho que se le imputaba, en contravención de lo previsto en el artículo 8.2.g de la Convención. Las anteriores consideraciones llevaron a la Corte a concluir que el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.d y 8.2.g, y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez.” (destacamos)*

<sup>150</sup> Mencionado autor acrescenta que *“Frente a los derechos consagrados en el artículo 8.2, la Corte solo se ha pronunciado sobre los alcances de la presunción de inocencia y la concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa. En las opiniones consultivas referidas a la protección consular de extranjeros en los países que han ratificado la CADH y los derechos humanos de los niños también se ha dado un análisis de las garantías mínimas para la defensa. Los casos seguidos contra el Perú y Ecuador han sido aquellos en los cuales se ha dado un mayor desarrollo de los artículos 8.2 a 8.5.”* Cf. S. HERENCIA CARRASCO, *El derecho de defensa...*, p. 376.

<sup>151</sup> Ambas extraídos da obra *Convención Americana sobre Derechos Humanos Anotada y Concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cuja autoria pertence a VÍQUEZ, Fernando Castillo; LOAIZA, Olman Rodríguez; RODRÍGUEZ, Graciela Arguedas. Cf., p. 267 e 249, respectivamente.

Por sua vez, no caso *Loayza Tamayo versus Perú*, que versava sobre privação ilegal da liberdade, tortura, tratamento cruel, desumano e degradante, violação das garantias judiciais e do princípio *ne bis in idem*, tudo em prejuízo de María Elena Loayza Tamayo, entendeu a Corte que:

“La Comisión alega que la señora María Elena Loayza Tamayo fue coaccionada para que declarara contra sí misma en el sentido de admitir su participación en los hechos que se le imputaban. *No aparece en autos prueba de estos hechos, razón por la cual la Corte considera que, en el caso, no fue demostrada la violación de los artículos 8.2.g y 8.3 de la Convención Americana.*”<sup>152</sup> (destacamos)

O mesmo exercício de subsunção foi empregado no caso *Castillo Petruzzi y otros versus Peru*:

“La Corte consideró probado que durante la declaración instructiva ante el Juez Instructor Militar Especial se exhortó a los inculpados a decir la verdad. Sin embargo, no hay constancia de que esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad. *Tampoco hay prueba de que se hubiese requerido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo.*

Por todo lo expuesto, la Corte considera que no fue probado en el presente proceso que el Estado violó el artículo 8.3 de la Convención.”<sup>153</sup> (destacamos)

Nota-se, assim, que o exercício de subsunção é constante e aplicado pela Corte quando reconhece ou não a respectiva violação.

Não obstante, ainda assim é possível salientar diversos pontos, embora a abordagem não seja tão rica e desenvolvida como no caso da Corte Europeia.

Por fim, retomando a explanação acerca da estrutura dos julgados, focam as decisões na abordagem das reparações deferidas no caso concreto.

Algumas das contribuições mais significativas da Corte Interamericana tem sido na esfera reparatória<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> Cf. parágrafo 64, do caso *Loayza Tamayo v. Perú*.

<sup>153</sup> Cf. parágrafos 167 e 168, do caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*.

<sup>154</sup> Fernando Felipe Basch informa que a jurisprudência da Corte “*not only governs states' international responsibility for human rights violations and victim redress in a traditional, compensatory approach, but also asserts that offenders must be punished. This approach applies to cases of grave human rights violations, as well as to every violation of any of the rights protected by the American Convention. It also applies to both violations committed by the state apparatus and those resulting from private crimes. Additionally, within criminal procedures directed toward punishing offenders, the Inter-American Court*

O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que

*“Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”*

Na interpretação da sentença proferida no caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*<sup>155</sup>, a Corte sedimentou que

*“27. La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención, debe estar orientada a procurar la restitutio in integrum de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una ‘justa indemnización’ en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida.”*

Como mencionado no trecho citado, o propósito é exatamente a plena restituição, que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação causada.

De acordo com o decidido no caso *García Asto y Ramírez Rojas versus Peru*,

*“248. (...) De no ser esto posible, como en el presente caso, le corresponde a este Tribunal Internacional ordenar que se adopten una serie de medidas para que, además de garantizarse el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que hechos lesivos como los del presente caso no se repitan. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno.*

*249. Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer o mitigar los efectos de las violaciones cometidas.*

---

*forbids states from taking positive actions like enacting amnesties, offering forgiveness, or favoring extinguishments of criminal prosecutions; furthermore, the court also refuses to allow domestic legal provisions or institutions which would impede punishment to apply.” Cf. F. F. BASCH, *The doctrine of the inter-american court of human...*, p. 212.*

<sup>155</sup> Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_09\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_09_esp.pdf), acesso em 01 de fevereiro de 2016.

*Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. En este sentido, las reparaciones que se establezcan deben guardar relación con las violaciones declaradas en los capítulos anteriores en esta Sentencia.”*

Em resumo, a reparaco integral inclui a restauraco da situaco anterior, a reparaco pelas consequncias da violaco e a fixaco de indenizaces destinadas à compensaco de danos patrimoniais e no patrimoniais.

## CAPÍTULO III – O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

### 1. Postulados fundamentais do direito processual: breves noções

O direito processual está subordinado aos princípios constitucionais gerais<sup>156</sup>, dentre os quais destacamos a *dignidade da pessoa humana*<sup>157</sup>.

O princípio da dignidade humana possui magnitude tal, que, no Brasil por exemplo, se apresenta como fundamento da República, conforme redação do inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal. É sabido que, hoje, a maioria dos ordenamentos jurídicos se baseiam na dignidade da pessoa humana, qualidade que é atribuída a todos<sup>158</sup>.

Dito princípio constitui a base do direito a não autoincriminação, pois a positivação da dignidade da pessoa humana traduz um dever genérico de respeito a liberdade e aos direitos do indivíduo<sup>159</sup>.

Além disso, com relação ao trâmite e desenvolvimento do processo penal, a dignidade da pessoa humana adquire matiz particular, que condiciona a maneira em que

---

<sup>156</sup> Cf. N. N. JUNIOR, *Princípios do processo na constituição federal...*, p. 76.

<sup>157</sup> O valor da pessoa consiste em ser mais que o mero existir e ter domínio sobre a própria vida. A possibilidade de superação e o domínio sobre a própria vida constituem a raiz da dignidade da pessoa humana. Não por acaso, Jesus Gonzales Perez bem observa que “*A diferencia de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, el hombre tiene un fin propio que cumplir por propia determinación. No existe sólo de un modo biológico, antes bien, hay en él una existencia más rica y más elevada; superexiste igualmente en conocimiento y en amor. (...) En su virtud, el hombre puede modificar el ser suyo de la vida*”. Cf. J. G. PEREZ, *La dignidad...*, p. 23.

<sup>158</sup> Afirma Tomás Prieto Álvarez que “No pocas Constituciones sitúan hoy, pues, la dignidad de la persona en la cabecera de sus articulados (además de Alemania, es el caso de Portugal o República Checa).” Cf. T. P. ÁLVAREZ, *La dignidad de la persona – núcleo de la moralidad y el orden públicos...*, p. 166.

<sup>159</sup> Conforme Jesus Gonzales Perez, a dignidade da pessoa humana “*no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones o creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento. Por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona con la dignidad que ello comporta. Resulta inconcebible afirmar – como hacía SANTO TOMÁS para justificar la pena de muerte – que ‘el hombre al delinquir se aparta del orden de la razón, y por tanto decae de la dignidad humana, a saber, en cuanto el hombre es naturalmente libre y dueño de sí mismo, y se rebaja en cierto modo a la condición de bestias’ (S. Th. II-III, q. 64, a 2 ad. 3). El hombre conserva su dignidad hasta su muerte*”. Cf. J. G. PEREZ, *La dignidad...*, p. 25. A definição do que se entende por dignidade da pessoa humana, talvez em razão de sua descrição genérica, não é unívoca. Tal conclusão pode ser inferida a partir da própria leitura do excerto de Jesus Gonzales Perez, acima citado. Não obstante, a definição dessa condição é assentada de forma mais ou menos uniforme dentro do universo legal, pois, associado ao conceito de dignidade de pessoa humana, encontram-se diversos valores, como liberdade, igualdade e integridade. A dignidade da pessoa humana inegavelmente inspira diversos princípios subjacentes ao sistema, sendo capaz, inclusive, de preencher lacunas acaso existentes.

este deve ser aplicado e, especialmente, permeia o trato que indivíduo vai receber no curso do processo, desde a fase investigatória.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana modifica a percepção do papel que o acusado desempenha dentro do processo penal – daí sua importância e conexão com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Além dos princípios constitucionais gerais, há os específicos, que atuam, conforme o magistério de Nelson Nery Junior<sup>160</sup>, de forma direta no processo.

O princípio fundamental, que seguramente consolida a base sobre a qual todos os demais princípios se sustentam, é o do *devido processo legal*.

## 2. Conceito e conteúdo do devido processo legal

Entende-se por *devido processo legal* o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, garante às partes o exercício de seus poderes e faculdades processuais e, de outro, são indispensáveis para o correto exercício da jurisdição<sup>161</sup>.

Com acuidade, Rogério Lauria Tucci<sup>162</sup> pondera que

“A *garantia* constitucional do *devido processo legal*, especificada ao processo penal (*devido processo penal*), reclama, para sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o *punitivo* e o de *liberdade*. Como enfatiza, a respeito, COUTURE, inadmissível afigura-se a privação da liberdade sem a *garantia* consubstanciada num ‘processo desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo’ (também regularmente desenrolado, – permitimo-nos complementar).”

Trata-se de fórmula cuja origem remonta ao direito anglo-saxão, adotado pela primeira vez na Constituição brasileira no texto de 1988, consubstanciada na garantia de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal)<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Cf. N. N. JUNIOR, *Princípios do processo na constituição federal...*, p. 77.

<sup>161</sup> Cf. A. C. A. CINTRA; C. R. DINAMARCO; A. P. GRINOVER, *Teoria geral do processo*, p. 82.

<sup>162</sup> Cf. R. L. TUCCI, *Direitos e garantias individuais no processo penal...*, p. 79, itálicos no original.

<sup>163</sup> Rogério Lauria Tucci chama a atenção à situação de superafetação que sofre a garantia do devido processo legal. Isso porque é comum entre nós fazer-se menção direta ao devido processo legal em lugar de referir-se a uma garantia específica, dada sua amplitude e relevância no âmbito das garantias do processo. Sobre o

A doutrina processual afirma que

“o conteúdo da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição da *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do *juiz competente* (art. 5º, incs. XXXXVII e LIII); e b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional.”<sup>164</sup>

Assim, dentro deste leque de garantias, considerando o direito brasileiro, podemos mencionar a *igualdade ou isonomia*, prevista no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, que também deve ser aplicada no âmbito processual (*par conditio*); o *contraditório e ampla defesa*, listado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal; a *publicidade*, prevista no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, o *dever de motivar todas as decisões judiciais*, conforme disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal; a *inadmissibilidade das provas ilícitas*, consubstanciada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; a *inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações em geral e de dados*, anotados no artigo 5º, incisos XI e XII, respectivamente, da Constituição Federal); e, a *duração razoável do processo* prevista no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O texto constitucional consagra também diversas garantias específicas para o processo penal<sup>165</sup>.

Podemos registrar a *presunção de inocência*<sup>166</sup> (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal); a *vedação de identificação criminal* aos civilmente identificados (artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal); o direito à *indenização pelo erro judiciário* e pela *prisão que supere os limites da condenação* (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal); o direito de *não ser recolhido à prisão*, salvo no caso de flagrante

---

assunto, cf. R. L. TUCCI, *Direitos e garantias individuais no processo penal...*, p. 80 e G. MENDES e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 546.

<sup>164</sup> A. C. A. CINTRA; C. R. DINAMARCO; A. P. GRINOVER, *Teoria geral do processo*, p. 83.

<sup>165</sup> Como bem pontua Gustavo Badaró, “A Constituição da República (CR) foi pródiga em estabelecer uma série de princípios do processo e, em especial, do processo penal. Esse corpo principiológico da CR representa o modelo constitucional de processo brasileiro, podendo-se falar em um ‘devido processo constitucional’.” Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Processo penal*, p. 33.

<sup>166</sup> De acordo com o magistério de Maurício Zanoide de Moraes, a consagração do princípio da presunção de inocência no âmbito constitucional demonstrou uma escolha clara, segundo a qual “a *persecutio criminis* deve ter, em todos os seus instantes, um cunho garantidor e igualitário ao imputado, não se admitindo mais um sistema autoritário e desigual típico de regime despóticos”. A função da presunção é garantir que o indivíduo, desde o início da persecução, ostente o caráter de inocente e assim permaneça até que o judiciário declare em definitivo a sua culpabilidade, com base em conjunto probatório mínimo e colhido com observância das disposições constitucionais. Sobre o assunto, Cf. M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise...*, p. 355-356.



delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, ou, ainda, nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal).

Ainda no tocante à prisão, o texto constitucional determina sua imediata comunicação à autoridade judiciária, que a relaxará, se ilegal (artigo 5º, incisos LXII e LXV, da Constituição Federal).

No que diz respeito à esfera de investigação policial, a Constituição Federal assegura o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório, a liberdade provisória, com ou sem fiança, a vedação de incomunicabilidade e o direito à informação de seus direitos, entre os quais o direito a contar com assistência do defensor e da família, bem como seu direito de permanecer calado (artigo 5º, incisos LXIII, LXIV e LXVI, da Constituição Federal).

Ao lado do modelo constitucional, devem ser incluídas no espectro brasileiro as garantias constantes no Convenção Americana de Direitos Humanos, integrada ao nosso ordenamento pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992<sup>167</sup>, notadamente aquelas previstas nos artigos 7, 8, 10 e 25<sup>168</sup>, que complementam ainda mais as regras do devido processo legal previstos na Constituição e garantem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.

### **3. O devido processo legal na Convenção Americana de Direitos Humanos**

Como outrora mencionado, em novembro de 1969 foi celebrada em San José da Costa Rica a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Nela, os delegados dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) redigiram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o décimo instrumento de ratificação de um membro da OEA foi depositado.

---

<sup>167</sup> É o que nos ensina A. C. A. CINTRA; C. R. DINAMARCO; A. P. GRINOVER, *Teoria geral do processo*, p. 85 e ss. e G. H. R. I. BADARÓ, *Processo penal*, p. 33 e ss.

<sup>168</sup> Para um estudo acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito interno e sobre a incorporação das garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento brasileiro (ponderando-se especificamente sobre a interpretação dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição da República), cf. F. PIOVESAN, *Temas de direitos humanos*, p. 49 a 80. No mesmo sentido, cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Processo penal*, p. 35 a 38 e M. E. QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere...*, p. 69 a 105.

A Convenção descreve, no seu artigo 8, as *Garantias Judiciais*, que consubstanciam fórmulas fundamentais e indispensáveis para assegurar o devido processo, o princípio da igualdade de armas e o pleno e adequado exercício do direito de defesa.

O artigo 8, da Convenção Americana, estabelece o seguinte:

**“ARTIGO 8. GARANTIAS JUDICIAIS**

*1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

*2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

*a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;*

*b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*

*c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;*

*d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*

*e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*

*f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*

*g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e*

*h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.*

*3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*

*4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*

*5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”*

Dissertando sobre a estrutura do dispositivo legal, Salvador Herencia Carrasco<sup>169</sup> ensina que “*el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos*

---

<sup>169</sup> Cf. S. HERENCIA CARRASCO, *El derecho de defensa en la jurisprudencia de la corte interamericana...*, p. 360.

*(CADH) reconoce las garantías judiciales, y en los numerales 2, 3 4 y 5 establece las garantías mínimas que la defensa debe tener.”*

O desenvolvimento sobre a jurisprudência da Corte será feito em momento próprio, entretanto, é interessante registrar, desde já, que as garantias acima reconhecidas constituem um umbral mínimo de proteção e são, na visão da Corte, meramente enunciativas.

#### **4. A concepção da Corte Interamericana sobre o devido processo legal: especificidades**

A primeira manifestação da Corte Interamericana sobre o devido processo legal ocorreu com a Opinião Consultiva n. 9/87, de 6 de outubro de 1987 (*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia [arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]*), solicitada pelo Uruguai.

Na ocasião, o Governo Uruguaio solicitou a opinião da Corte sobre o alcance da proibição de suspender as garantias judiciais indispensáveis para a proteção dos direitos mencionados no artigo 27.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>170</sup>.

Especificamente, o Uruguai solicitou que a Corte Interamericana se pronunciasse sobre quais seriam as garantias judiciais indispensáveis para a proteção dos direitos humanos e qual seria a relação do artigo 27.2 com os artigos 25 e 8 da Convenção Americana.

No que diz respeito à primeira solicitação, a Corte foi enfática ao afirmar que

---

<sup>170</sup> O artigo 27 encontra-se inserido no capítulo IV, da Convenção, que trata da suspensão de garantias, interpretação e aplicação. Diz seu texto: “Artigo 27. Suspensão de garantias (1). Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. (2). A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. (3). Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.”

*“Debe reconocerse que no es posible ni sería aconsejable que la Corte, en la presente opinión consultiva, trate de dar una enumeración exhaustiva de todas las posibles ‘garantías judiciales indispensables’ que no pueden ser suspendidas de conformidad con el artículo 27.2, que dependerá en cada caso de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado Parte, de cuáles son los derechos involucrados y de los hechos concretos que motiven la indagación. Desde luego y por las mismas razones, la Corte tampoco ha considerado en esta opinión las implicaciones de otros instrumentos internacionales (art. 27.1) que pudieren ser aplicables en casos concretos.”*<sup>171</sup>

Contudo, por unanimidade, a Corte emitiu parecer entendendo ser, em princípio, garantias judiciais indispensáveis, não susceptíveis de supressão segundo o artigo 27.2, o *habeas corpus* (artigo 7.6, da Convenção), a existência de qualquer outro recurso efetivo a ser interposto perante os tribunais competentes (artigo 25.1, da Convenção), os procedimentos judiciais, inerentes à forma representativa democrática de governo (artigo 29, c, da Convenção), previsto no direito interno dos estados partes como instrumentos idôneos a garantir a plenitude do exercício dos direitos previstos no artigo 27.2, da Convenção, tudo exercitado *“dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención.”*<sup>172</sup>

Por sua vez, no que diz respeito ao artigo 8, denominado pela Convenção de *“Garantias Judiciais”*, a Corte afirmou que este dispositivo

*“reconoce el llamado ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.*

*El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.*

*Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la*

<sup>171</sup> Cf. parágrafo 40, da Opinião Consultiva n. 9/87.

<sup>172</sup> Cf. página 12 da Opinião Consultiva n. 9/87, ponto n. 3.

*Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.*<sup>173</sup>

Nota-se que a Corte, desde sua primeira manifestação sobre o tema, preocupou-se em desenvolver uma *hermenêutica integradora* do artigo 8 com os demais dispositivos da Convenção Americana, correlacionando-o, usualmente, com os artigos 1, 2, 7 e 25.

E tal posicionamento se justifica: o devido processo, entendido como o conjunto de garantias essenciais do procedimento, é uma das mais formidáveis ferramentas para a proteção dos direitos do indivíduo.

É, ao mesmo tempo, um direito e uma garantia do jurisdicionado, pois permite e realiza a tutela jurisdicional efetiva.

No voto arrazoado proferido no julgamento do caso *Tibi versus Ecuador*, o juiz Sergio García Ramírez anotou que o respeito ao devido processo

“Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculgado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, *fair trial*. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso.”<sup>174</sup>

Com o passar do tempo, diversos direitos foram incorporados ao núcleo do devido processo. Como bem colocado pela Corte,

“El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. *Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.*”<sup>175</sup> (destacamos)

<sup>173</sup> Cf. parágrafos 28-30, da Opinião Consultiva n. 9/87.

<sup>174</sup> Cf. parágrafo 27 do voto arrazoado do juiz Sergio García Ramírez, proferido no julgamento do caso *Tibi v. Ecuador*.

<sup>175</sup> Cf. parágrafo 117, da Opinión Consultiva 16/99.

Assim, segundo a construção da Corte no tocante ao devido processo, é possível afirmar que qualquer norma ou qualquer medida da ordem interna que imponha custos ou dificulte de qualquer outra maneira os direitos da defesa (dificultando a interposição de recursos, por exemplo<sup>176</sup>) e o acesso aos tribunais, deve ser entendida como contrária ao devido processo previsto no artigo 8, da Convenção<sup>177</sup>.

Assim, a persistência de antigas formas de criminalidade, a aparição de novas expressões de delinquência, o crime organizado, a propagação de crimes de extrema gravidade, como terrorismo ou tráfico de drogas, não são fatores hábeis, na visão da Corte Americana, a justificar o abandono ao progresso alcançado e o retorno a sistemas que já demonstraram suas deficiências éticas e práticas<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Não por acaso, Cançado Trindade, no voto arrazoado proferido no julgamento do caso *López Álvarez versus Honduras*, defende que “38. Pode ocorrer que, em um determinado caso, configure-se uma violação de apenas um dos elementos constitutivos desse quadro de proteção e garantias judiciais, - mas isso em nada diminui a força da hermenêutica integradora que arguiu, no sentido de, em princípio, tomar necessariamente em conjunto o disposto nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, - que formam, permito-me insistir, o *rule of law* em uma sociedade democrática, - em relação aos deveres gerais estipulados nos artigos 1(1) e 2 da Convenção. Qualquer afirmação em contrário requereria, na minha opinião, uma fundamentação que, no que me consta, simplesmente não existe, e tampouco seria minimamente convincente. *Uma violação do direito de acesso à justiça (artigo 25), em toda probabilidade, contaminaria as garantias de devido processo legal (artigo 8).*” E prossegue: (...) “41. Além disso, o artigo 29(b) da Convenção Americana proíbe expressamente a interpretação que limite o exercício dos direitos protegidos. Assim, qualquer reorientação na *jurisprudence* constante da Corte, integradora dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, apenas se justificaria na medida em que proporcionasse uma maior proteção dos direitos consagrados, o que não é o caso. Até a presente data, nunca ouvi, nos debates para mim preocupantes que atualmente ocorreram no seio da Corte a esse respeito, qualquer demonstração no sentido de que desvincular ou ‘separar’ o artigo 8 de 25 implicaria uma proteção mais eficaz dos direitos consagrados na Convenção Americana.” Embora a hermenêutica integradora seja o posicionamento majoritário da Corte [cf. casos Suárez Rosero v. Equador (par. 65 e ss.), Blake v. Guatemala (par. 102 e ss.) Paniagua Morales y otros v. Guatemala (par. 164 e ss.), Castillo Petruzzi y otros v. Peru (par. 184 e ss.), Cesti Hurtado v. Peru (par. 121 e ss.), Villagrán y otros v. Guatemala (par. 234 e ss.), Durand y Ugarte v. Perú (par. 101 e ss.), Cantoral Benavides v. Perú (par. 163 e ss.), Bámaca Velásquez v. Guatemala (par. 191 e ss.), Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (par. 112 e ss.), Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago (par. 150 e ss.), Cantos v. Argentina (par. 52 e ss.), Maritza Urrutia v. Guatemala (par. 117 e ss.), 19 Comerciantes v. Colômbia (par. 193 e ss.), Tibi v. Equador (par. 131 e ss.), Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador (par. 75 e ss.), Yatama v. Paraguai (par. 169 e ss.), Acosta Calderón v. Equador (par. 93 e ss.), Palamara Iribarne v. Chile (par. 184 e ss.)], a juíza Cecilia Medina Quiroga possui opinião divergente, entendendo não ser o caso de tratamento conjunto do artigo 8 com outros dispositivos. Sobre o assunto, cf. *Voto Parcialmente Disidente de la Jueza Medina Quiroga*, proferido no julgamento do caso 19 Comerciantes v. Colombia, de 5 de julho de 2004.

<sup>177</sup> No caso Cantos *versus* Argentina, a Corte precisou que “(...) Any domestic law or measure that imposes costs or in any other way obstructs individuals’ access to the courts and that is not warranted by what is reasonably needed for the administration of justice must be regarded as contrary to Article 8(1) of the Convention.” (cf. parágrafo 50). Embora tal observação foi efetuada dentro do contexto *acesso à justiça*, cremos ser possível afirmar sua extensão aos demais dispositivos do devido processo, pois, segundo a hermenêutica integradora da Corte, os dispositivos da Convenção devem ser, sempre, tomados em conjunto.

<sup>178</sup> Segundo o juiz Sergio García Ramírez, “Con alguna frecuencia se da cabida a prácticas y, peor aún, a normas derogatorias de derechos y garantías en el marco de la lucha contra delitos muy graves que parecen ‘justificar’ este género de retrocesos. Las consecuencias de esto, que desde luego no ha logrado --dicho sea de paso-- ni prevenir, ni impedir ni reducir esos delitos, están a la vista en un extenso ámbito de la experiencia procesal contemporánea. No sólo se incorporan disposiciones que construyen, al lado del régimen procesal ordinario, provisto de garantías, un régimen procesal especial o excepcional, desprovisto de

No mais, as garantias previstas no artigo 8, da Convenção, são consideradas como um arcabouço mínimo de proteção, que somente poderá ser ampliado (e nunca reduzido).

Na Opinião Consultiva n. 17/2002, a Corte afirmou que:

“Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos.”<sup>179</sup>

Por fim, as regras do devido processo e garantias judiciais devem ser aplicadas não somente aos processos judiciais, mas a todos os processos que estejam sob supervisão Estatal. Já decidiu a Corte que:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este

---

ellas, sino también aparece y arraiga, como es obvio, una práctica devastadora que echa mano de todo género de argumentos para ‘legitimar’ las más severas violaciones. Estas, a menudo, quedan en la penumbra; en ocasiones emergen ante los ojos de la opinión pública y de los tribunales, como ha sucedido en el caso a cuya sentencia agrego este Voto.” Cf. parágrafo 31 do voto arrazoado do juiz Sergio García Ramírez, proferido no julgamento do caso Tibi v. Ecuador.

<sup>179</sup> Cf. parágrafo 115 da Opinião Consultiva 17/2002.

deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.”<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Cf. Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá, párrafos 124-127.



## CAPÍTULO IV – A INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

### 1. O direito de não produzir prova contra si mesmo e seus efeitos

Como mencionado nos capítulos anteriores, o artigo 8 da Convenção trata das *garantias judiciais*, que incorporam fórmulas fundamentais e indispensáveis para assegurar o devido processo.

O princípio *nemo tenetur se detegere* encontra-se previsto na alínea g (“*direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*”), e no ponto 3 (“*A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza*”), ambos do artigo 8, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte Americana de Direitos Humanos confere ao princípio a mais ampla proteção.

Seu campo de aplicação abrange a faculdade de a pessoa acusada de cometer um delito guardar silêncio sobre os fatos investigados criminalmente, tanto no tocante à sua pessoa como em relação a terceiros.

Além do direito em guardar silêncio sobre os fatos, compreende o direito de estar informado de que sua negativa a declarar não pode ser tomada como um indício de culpabilidade<sup>181</sup>.

Abrange, também, a proibição do uso de qualquer meio de violência física que possa culminar com a intimidação do acusado, para que colabore com atos que possam acarretar sua condenação ou para a aquisição de uma eventual confissão. No caso Tibi

---

<sup>181</sup> No caso *Palamara Iribarne v. Chile*, a Corte decidiu que “180. Además, la Corte debe resaltar que durante los dos procesos penales militares el señor Palamara Iribarne rindió declaración ante el Fiscal en diversas ocasiones. En relación con dichas declaraciones la Corte realiza dos observaciones. Por un lado, en ninguna de ellas el señor Palamara Iribarne declaró ante un juez o tribunal competente, imparcial e independiente, lo que vulnera el artículo 8.1 de la Convención. **Por otra parte, en las diferentes citaciones a declarar emitidas por el Fiscal no se indicó el motivo para solicitar su comparecencia ni el tema sobre el que versaría dicha declaración, así como tampoco se le realizaron las previsiones sobre su derecho a no declarar contra sí mismo.** Por la propia estructura del proceso penal militar y la consiguiente falta de imparcialidad el Fiscal Naval no puede ser asimilado al juez que garantiza el derecho a ser oído. Por ello, el Estado violó el artículo 8.1 y 8.2.g) de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne.” (Destacamos)

*versus* Ecuador, a vítima foi diversas vezes torturada, golpeada, queimada e asfíxiada pelas autoridades equatorianas, tudo com o propósito de obrigá-la a confessar sua participação num caso envolvendo tráfico de drogas<sup>182</sup>.

A Corte entendeu que tais fatos constituíram não só uma violação à integridade pessoal, mas, também, uma violação ao direito de não ser obrigado a declarar-se culpado.

De acordo com o julgado,

“Está demostrado que el señor Daniel Tibi fue víctima de torturas por parte de agentes estatales, que afectaron su derecho a la integridad personal, así como sus garantías judiciales básicas. Se le sometió a dichos actos con el propósito de doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse por determinadas conductas delictivas, como ya se ha mencionado (supra párr. 90.50).

En razón de lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8.2.g de la Convención Americana, en perjuicio del señor Daniel Tibi.”<sup>183</sup>

De forma semelhante, o mesmo raciocínio foi empregado em diversos outros julgados.

No caso Cantoral Benavides,

“Según se ha expresado en esta misma sentencia (supra párr. 104), Luis Alberto Cantoral Benavides fue sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas.

La Corte concluye, en consecuencia, que el Estado violó, en perjuicio del señor Luis Alberto Cantoral Benavides, los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención Americana.”<sup>184</sup>

No caso Bayarri, restou decidido que

---

<sup>182</sup> Conforme o parágrafo 3, do caso Tibi v. Ecuador, “el señor Daniel Tibi era comerciante de piedras preciosas. Fue arrestado el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía su automóvil por una calle de la Ciudad de Quito, Ecuador. Según la Comisión, el señor Tibi fue detenido por oficiales de la policía de Quito sin orden judicial. Luego fue llevado en avión a la ciudad de Guayaquil, aproximadamente a 600 kilómetros de Quito, donde fue recluso en una cárcel y quedó detenido ilegalmente por veintiocho meses. Agrega la Comisión que el señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y ‘asfíxiado’ para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico. Además, la Comisión indicó que cuando el señor Tibi fue arrestado se le incautaron bienes de su propiedad valorados en un millón de francos franceses, los cuales no le fueron devueltos cuando fue liberado, el 21 de enero de 1998. La Comisión entiende que las circunstancias que rodearon el arresto y la detención arbitraria del señor Tibi, en el marco de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ecuatoriana, revelan numerosas violaciones de las obligaciones que la Convención Americana impone al Estado.”

<sup>183</sup> Cf. parágrafos 198 e 199 do caso Tibi v. Ecuador.

<sup>184</sup> Cf. parágrafos 132 e 133 do caso Cantoral Benavides v. Perú.

“Ya quedó establecido en esta Sentencia que mediante tortura el señor Bayarri confesó la comisión de varios hechos delictivos (supra párr. 87). Asimismo, no escapa al conocimiento de este Tribunal que la Sala I de la Cámara de Apelaciones declaró inválida dicha confesión y anuló los actos procesales derivados de la misma (supra párr. 83), lo que constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de la referida violación a las garantías judiciales cometida en perjuicio de Juan Carlos Bayarri. (...) Como consecuencia de lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado violó el artículo 8.2.g) de la Convención Americana en perjuicio del señor Bayarri.”<sup>185</sup>

Idêntica solução foi proferida no caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*<sup>186</sup>.

Ao lado da violência física, a Corte estabeleceu que também viola o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo ou declarar-se culpado o emprego de violência psicológica.

Tal posicionamento ficou assentado no julgamento do caso *López Álvarez versus Honduras*.

Segundo consta, Alfredo López Álvarez era dirigente da *Organización Fraternal Negra de Honduras*, da *Confederación de los Pueblos Autóctonos de Honduras* e do *Comité Defensa de Tierras Triunfeñas*. No dia 27 de abril de 1997 policiais encontraram com o acusado dois pacotes contendo pó branco. Foi-lhe dada voz de prisão. Levado ao departamento de investigação criminal, Alfredo foi obrigado a despir-se e se sujeitar à inspeção corporal realizada por outro detento.

O acusado permaneceu no departamento de investigação criminal com as algemas apertadas, o que provocou inchaço, sangramento e inflamação dos seus pulsos, sem receber qualquer ajuda médica.

Foi também coagido a declarar-se culpado pelos fatos contra ele imputados.

No âmbito interno, em novembro de 2000, foi condenado a quinze anos de prisão pela suposta posse da substância. No ano seguinte, a *Corte de Apelaciones* de Honduras decretou a nulidade absoluta do processo, por diversas irregularidades. Por conta

<sup>185</sup> Cf. parágrafos 108 e 109 do caso *Bayarri v. Argentina*.

<sup>186</sup> O parágrafo 120 é explícito em afirmar que “En cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (artículo 8.3), a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata. 121. Lo anterior conduce a considerar que en la especie se han violado los mencionados artículos 8.2 y 8.3 de la Convención, por cuanto la víctima fue obligada a autoinculparse en el marco de actuaciones capaces de acarrearle eventuales consecuencias procesales desfavorables.”

disso, os familiares apresentaram diversos pedidos de soltura do acusado, mas todos foram negados.

Em 2003, a justiça local absolveu, por falta de provas, o Sr. López Álvarez (não havia certeza de que as amostras enviadas ao laboratório toxicológico foram subtraídas dos pacotes apreendidos com o acusado), decisão essa confirmada pela *Corte de Apelaciones* de Honduras.

Alfredo esteve privado de sua liberdade pelo período de seis anos e quatro meses. Nos centros onde permaneceu detido, não havia um sistema de classificação de presos nem separação entre provisórios e condenados. Além disso, as condições da prisão eram insalubres e superlotadas.

A Comissão apresentou a demanda com o fim de que a Corte decidisse se o Estado violou os artigos 5 (Direito à Integridade Pessoal), 7 (Direito à Liberdade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais), 25 (Proteção Judicial) e 24 (Igualdade perante a Lei) da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) e 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção.

No que diz respeito ao emprego de violência psicológica, assentou a Corte que:

“O senhor Alfredo López Álvarez manifestou em sua declaração preliminar que ‘fo[i] fortemente coagido na [Departamento de Investigação Criminal], através do maltrato físico e psicológico com o objetivo de incriminá[-lo...] com as perguntas que [os agentes estatais lhe] faziam [...]’, embora a suposta vítima não tenha aceitado as acusações (par. 54.14 supra). Em consideração do expressado pelo senhor López Álvarez, que não foi controvertido pelo Estado, e às particularidades do presente caso, esta Corte considera que a suposta vítima foi submetida a tais atos com o propósito de debilitar sua resistência psíquica e obrigá-lo a se auto-incriminar pelo fato a respeito do qual era acusado, em violação ao previsto no artigo 8.2.g da Convenção.”<sup>187</sup>

O posicionamento da Corte proferido no julgamento do caso López Álvarez, guarda relação com a confissão, prevista no artigo 8.3, da Convenção.

No contexto acima exposto, para que a confissão proferida no processo penal seja considerada válida, esta deve ser efetuada sem o emprego de qualquer forma de violência física ou psíquica e sem o emprego de métodos que possam ser destinados a obter informações involuntárias sobre os fatos investigados<sup>188</sup>. De forma complementar, os

---

<sup>187</sup> Cf. parágrafo 155, do caso López Álvarez v. Honduras.

<sup>188</sup> Consentânea com a visão da Corte Interamericana, Fernando Tourinho ensina que “(...) confessada a autoria, deverá ainda o Magistrado (...) indagar dos motivos e das circunstâncias em que ocorreu o fato. Cabe-lhe apreciar o *animus confitendi*, se é livre ou não, as qualidades psíquicas do imputado, os motivos da

juízes têm obrigação de não assumir uma aceitação tácita de responsabilidade pelo silêncio do indiciado<sup>189</sup>.

Neste sentido, devem os juízes negar valor às declarações obtidas através de violência, violência essa que não deve ser entendida em termos estritos (física ou psíquica), mas, ao revés, em sentido amplo, negando valor a quaisquer declarações obtidas do acusado sem sua espontânea vontade.

Em suma, a livre manifestação do acusado é o que diferencia uma declaração válida de uma que se realize violentando o direito a não autoincriminação.

Na Opinião Consultiva n. 17/2002, que trata da *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* a Corte definiu o conceito de confissão como:

“Dentro del proceso hay actos que poseen – o a los que se ha querido atribuir – especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda.

A este respecto, y por lo que toca a menores de edad, es pertinente manifestar que cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.”<sup>190</sup> (destacamos)

No que diz respeito ao momento de incidência, a Corte já assentou que as garantias previstas nos artigos 8.2 e 8.3, da Convenção devem ser observadas desde a

---

confissão, etc. Imprescindível pois seja a confissão albergada por outras provas. Insuladamente não constitui prova suficiente para a condenação, sobretudo se feita perante a Autoridade Policial. Se assim é, de muito menos valor, para não falarmos em desvalia total, a chamada confissão indireta, que consiste em uma pessoa transmitir à autoridade a pretensa confissão que o indiciado ou réu lhe fizera. (...) A confissão, para que tenha valor, é preciso seja espontânea. De nada valerá a feita sob a ação hipnótica, de excitantes, de drogas que produzem estupefação, ou de engenhos como *lie-detector*, uma vez que, nesses casos, tais meios são contrários à lei, por devassarem a intimidade psíquica do pretense culpado contra sua vontade. É preciso, outrossim, sinta o Juiz tratar-se de uma revelação espontânea e livre.” Cf. F. C. TOURINHO FILHO, *Código de processo penal comentado*, vol. 1, p. 616.

<sup>189</sup> De acordo com o panorama jurídico-processual nacional, em plena consonância com o texto constitucional, o acusado deve, antes de ser interrogado, ser informado pelo juiz do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que forem formuladas (artigo 186, do Código de Processo Penal). Além disso, o parágrafo único do artigo 186, do Código de Processo Penal, assegura que o silêncio do acusado não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Equipara-se, assim, o valor do silêncio a uma conduta neutra, que não possui nenhum significado.

<sup>190</sup> Cf. parágrafos 128 e 129 da Opinião Consultiva n. 17/2002.

realização das diligências anteriores ao início do processo penal, pois, a não observância pode ter um impacto desfavorável sobre a situação jurídica do acusado.

Referido posicionamento ficou assentado no caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*.

De acordo com a decisão,

“En cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (artículo 8.3), *a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata.*” (destacamos)<sup>191</sup>.

Por sua vez, no julgamento do caso *Cantoral Benavides versus Perú*, a Corte assentou que submeter uma pessoa a torturas para obrigá-la a confessar um delito constitui grave violação à integridade pessoal prevista no artigo 5 e ao artigo 8.3, ambos da Convenção<sup>192</sup>.

A Corte analisou a responsabilidade dos Estados frente ao artigo 8.3 em outros casos.

No caso *Castillo Petruzzi y otros versus Peru*, a Corte decidiu que:

“*La Corte consideró probado que durante la declaración instructiva ante el Juez Instructor Militar Especial se exhortó a los inculpados a decir la verdad. Sin embargo, no hay constancia de que esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad. Tampoco hay prueba de que se hubiese requerido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo.*”

<sup>191</sup> Cf, parágrafo 120, do caso *Maritza Urrutia v. Guatemala*.

<sup>192</sup> Vislumbra-se no parágrafo 104, do caso *Cantoral Benavides v. Peru* que “Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.”; por sua vez, a Corte, nos parágrafos 132 e 133 decidiu que “132. Según se ha expresado en esta misma sentencia (supra párr. 104), Luis Alberto Cantoral Benavides fue sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. 133. La Corte concluye, en consecuencia, que el Estado violó, en perjuicio del señor Luis Alberto Cantoral Benavides, los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención Americana.”

*Por todo lo expuesto, la Corte considera que no fue probado en el presente proceso que el Estado violó el artículo 8.3 de la Convención.*<sup>193</sup>

Também, no caso *Gutiérrez Soler versus Colombia*, a Corte deliberou que:

*“En primer lugar, tal como lo reconoció Colombia, este Tribunal considera que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4; 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6; 8.1, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.g y 8.3 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson Gutiérrez Soler.”*<sup>194</sup>

Em ambos os casos, no entanto, a Corte não deu um desenvolvimento dogmático abrangente para a garantia prevista no artigo 8.3, da Convenção, pois, no primeiro caso, não foi produzido qualquer prova conclusiva no sentido de que os recorrentes foram obrigados a confessar seus envolvimento em atos de traição à pátria; e, no segundo, a Colômbia reconheceu sua responsabilidade internacional na demanda.

Por fim, como mencionado no tópico pretérito, as regras do devido processo e garantias judiciais devem ser aplicadas não somente aos processos judiciais (ou especificamente penais), mas a todos os processos que estejam sob supervisão Estatal<sup>195</sup>.

<sup>193</sup> Cf. parágrafos 167 e 168, do caso *Castillo Petruzzi y otros v. Peru*.

<sup>194</sup> Cf. parágrafo 52, do caso *Gutiérrez Soler v. Colombia* (destacamos).

<sup>195</sup> Cf. caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, parágrafos 124 e seguintes. Interessante consignar que o caso *Baena Ricardo y otros* não versa sobre violações ocorridas na esfera penal. Ao contrário, de acordo com a síntese elaborada no corpo da decisão, “*los hechos ocurridos a partir del 6 de diciembre de 1990 y especialmente a partir del 14 de diciembre de dicho año en que se aprobó la Ley No.25, [con base en la cual] fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posteriormente a[l despido arbitrario de dichos trabajadores], en el procedimiento de sus quejas y demandas[,] se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y [a] la protección judicial.*” Por conta desses eventos, a Comissão “*sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Panamá, de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos); 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno); 8 (Garantías Judiciales); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 10 (Derecho a Indemnización); 15 (Derecho de Reunión); 16 (Libertad de Asociación); 25 (Protección Judicial), y 33 y 50.2 de la Convención*” (cf. parágrafo 1, do caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*). Cf., também, *Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez*, proferido no caso *Palamara Iribarne v. Chile*, no qual o Juiz Sergio, após fazer algumas considerações sobre o devido processo, defende que “*8. Si se habla de defensa adecuada, derecho al silencio, recurso para la revisión integral del fallo, etcétera, se supone que todo ello viene al caso precisamente cuando se desarrolla un conjunto de actos de procedimiento ante la autoridad judicial prevista en el párrafo 1, que de esta suerte constituye el marco institucional u orgánico, o el supuesto o soporte, para la presentación en la escena de los otros derechos. Desde luego, esto no impide que se requiera la observancia de garantías de debido proceso cuando otras autoridades --no estrictamente judiciales o jurisdiccionales-- cumplen atribuciones de las que provendrá el reconocimiento o desconocimiento de derechos o deberes. En esta hipótesis existe una ampliación del concepto y el alcance de debido proceso judicial, para atender con realismo y eficacia los objetivos tutelares que éste persigue.*”

## 2. Análise crítica

Desde o julgamento Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, proferido há pouco mais de vinte anos, drásticas mudanças ocorreram na América Latina.

Inegavelmente, o Sistema Interamericano, ao promover a proteção dos direitos humanos e dos valores democráticos, contribui para essas mudanças, pois, mais que oferecer voz para as vítimas, empenha-se em sustentar os valores e a legitimidade das normas de direitos humanos.

Além disso, tanto a Comissão como a Corte, colaboraram de diversas outras formas: salvaram vidas, reportaram graves violações e administraram a verdadeira justiça quando o âmbito doméstico falhou em sua missão de trazer alívio para as vítimas e seus familiares.

Embora seja difícil, quiçá impossível, quantificar o seu impacto, o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos certamente tem sido um fator de transformação na região.

É importante notar que alguns Estados signatários da Convenção conferem especial deferência para as decisões proferidas pela Corte, utilizando suas decisões não somente como uma ferramenta básica para a interpretação dos dispositivos da Convenção Americana, mas, também, como um guia para a jurisdição constitucional, na árdua missão de interpretar o sentido de suas respectivas Constituições<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Nesse sentido, merece menção o julgamento do caso “*Giroldi, Horacio David y otros/ recurso de casación-causa N° 32/93*”, julgado pela *Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina*, que, de tão relevante, merece ser integralmente transcrito: “Buenos Aires, 7 de abril de 1995. Vistos los autos: ‘Recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial) en la causa Giroldi, Horacio David y otros/ recurso de casación -causa N° 32/93’, para decidir sobre su procedencia. Considerando 1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de la Capital Federal condenó a Horacio David Giroldi a la pena de un mes de prisión en suspenso, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. Contra dicho pronunciamiento, la defensora oficial interpuso recurso de casación. Sostuvo, en cuanto al fondo del litigio, que la sentencia del tribunal oral violaba la garantía de la defensa en juicio. Consideró, además, a fin de fundar la admisibilidad del mencionado recurso, que era inconstitucional el límite impuesto por el artículo 459, inc. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación, por contrariar lo dispuesto en el artículo 8°, inc. 2°, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de delito el derecho ‘...de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’. 2°) Que la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala I) rechazó el planteo de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró inadmisibile el recurso de casación. Para llegar a ese resultado, el a quo invocó, en lo que interesa, el caso ‘Jáuregui’ (Fallos: 311:274), en el que esta Corte resolvió que el requisito de la doble instancia judicial en materia penal quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48. Contra el pronunciamiento de la Cámara de Casación, la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja. 3°) Que el recurso es admisible en tanto se ha puesto en tela de juicio la validez de una ley nacional por ser contraria a normas de la Constitución Nacional y de un tratado internacional al que ella hace referencia, y la decisión ha sido adversa al derecho fundado en estas últimas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48). 4°) Que el a quo sostuvo que: ‘Por virtud de los límites objetivos fijados en los arts. 458 a 462 del Código Procesal Penal no hay posibilidad de recursos de casación ni



inconstitucionalidad... y la causa ha fenecido en instancia única, por lo que su sentencia es final y contra ella cabe el recurso extraordinario de apelación'. 5°) Que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (artículo 75, inciso 22, segundo párrafo), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado artículo 8°, párrafo 2°, inciso h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho 'de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior'. 6°) Que en virtud de lo expuesto corresponde determinar si dentro del ordenamiento procesal penal existen el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional antes invocada. En ese sentido, la inexistencia de recursos en la ley de rito ha conducido al a quo a sostener que la sentencia del tribunal oral era susceptible del recurso extraordinario ante esta Corte, sobre la base del precedente 'Jáuregui' (cit.). 7°) Que en el caso antedicho, el Tribunal consideró que el requisito previsto en el ya señalado artículo 8°, párrafo 2°, inciso h, de la Convención se hallaba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario federal ante este Tribunal (Fallos: 311:274, considerando 6° del voto de la mayoría, 7° del voto del juez Caballero y 6° del voto del juez Petracchi). Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó al Tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. 8°) Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como 'garantía mínima' para 'toda persona inculpada de delito' (artículo 8°, párrafo 2°, apartado h, de la Convención). 9°) Que, asimismo, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los 'tribunales inferiores' de la justicia nacional (artículo 75, inciso 20, de la Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal. Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación existente para la época en que fue fallado el caso 'Jáuregui' - que no contemplaba un 'tribunal intermedio' entre la Corte Suprema y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación-. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad - y aún de revisión - de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional. 10) Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8°, inc. 2°, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena. 11) Que la ya recordada 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054). 12) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde - en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente 'respetar los derechos y libertades reconocidos en ella', sino además 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción'. Según dicha Corte, 'garantizar' implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 - 'Excepciones al agotamiento de los recursos internos' - párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, 'el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos' (id., párrafo 23). 13) Que síguese de lo expresado, que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el

Sem embargo, o Sistema Interamericano ainda tem que lher dar com os problemas anteriormente identificados: miséria e inclusão social, economia, democracias em fase de desenvolvimento e consolidação, direitos sociais e culturais.

No entanto, para funcionar plenamente, necessário se faz o fortalecimento do Sistema Interamericano de direitos humanos e a boa vontade política coletiva para agir seriamente nos casos de violações dos direitos humanos.

Para atingir esses objetivos, além do pleno respeito às instituições de proteção de direitos e à Convenção (que promovem a investigação e punição das violações havidas), premente a necessidade de fortalecimento do regime democrático (que oferece o melhor veículo para melhoria da sociedade e para a promoção/proteção dos direitos humanos) e da dignidade da pessoa humana, cujo reconhecimento desempenha um papel crucial na proteção.

No que diz respeito às garantias prevista na Convenção, cabe destacar que, não raro, a Corte se abstém de trazer uma precisão doutrinária sobre o conteúdo dos direitos ali previstos, limitando-se a aplicá-los no caso concreto.

Sem embargo, a Corte continua a impingir ao princípio *nemo tenetur se detegere* o reconhecimento de um direito de longa herança, conquistado após séculos de debates filosóficos.

O direito ao silêncio, na concepção da Corte, é aplicado, hoje, como sempre foi. Ressonante com a presunção de inocência<sup>197</sup> e com a dignidade da pessoa humana,

---

Estado Nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales ‘intermedios’ en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 308:490, considerando 5º, con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, período de 1901, Congreso Nacional, Buenos Aires, 1961). Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Hágase saber, acumúlese al principal y devuélvase al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo conforme a lo resuelto en el presente. (Magistrados Julio S. Nazareno - Eduardo Moline O'Connor - Carlos S. Fayt - Augusto Cesar Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Antonio Boggiano)”.

<sup>197</sup> No Brasil, no que toca às garantias e preservação de direitos, a presunção de inocência sofreu duro golpe. No julgamento do Habeas Corpus 126.292, julgado em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, autorizou a execução de decisão condenatória de segunda instância, ainda que pendente de análise recursos nos tribunais superiores. Referido julgado claramente afrontou a presunção de inocência consagrada na Constituição Federal (artigo 5º, LVII) e sacramentada por diversos diplomas internacionais (dentre outros, conferir: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem [Bogotá, 1948, Artigo XXVI], a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [San José, Artigo 8º, § 2º], a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º], a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [Nice, 2000, Artigo 48, § 1º], a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul [Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “ b”], a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos [Cairo, 1990, Artigo 19, “ e”], e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

cabe ao Estado, valendo-se de todo seu aparato, comprovar a veracidade da acusação, não devendo esperar que o indivíduo coopere sob pena de padecer qualquer sofrimento ou punição, de nenhuma forma<sup>198</sup>.

Diversamente da Corte Europeia de Direitos Humanos, para quem o direito ao silêncio está longe de ser absoluto, ainda que integrante do conceito de *fair trial*, a Corte Americana não o excepciona em hipótese alguma. Ao contrário, a construção jurisprudencial da Corte Americana consolidou que o princípio *nemo tenetur* deve ser aplicado desde as fases preliminares de investigação e em todos os tipos de processos custodiados pelo Estado, independentemente se sua natureza for penal ou não penal.

Pensamos que a abordagem da Corte Americana protege não somente aqueles bem-informados de seus direitos, como, também, aqueles mais vulneráveis.

No contexto do quadro de violações enfrentados na região, que, como dito, envolve casos de terrorismo, traição à pátria, tráfico de drogas, leis que limitam garantias processuais, dentre outras, a interpretação desenvolvida pela Corte Americana é que melhor protege o direito de defesa do acusado.

---

[Artigo 14, § 2º], adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966). Como bem colocado pelo Ministro Celso de Mello, cujo voto restou vencido, a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal. Funciona como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. Por outro lado, há no texto constitucional um momento a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência: é justamente aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Nesse particular, em 1º de julho de 2016, o Ministro Celso concedeu medida liminar para suspender a execução de mandado de prisão, enquanto não transitada em julgado eventual condenação contra o paciente (cf. HC 135.100/MG).

<sup>198</sup> No Brasil, o exercício de tal direito não legitima o aumento de pena (STF, HC 68.742-3/DF, Pleno, Relator Ministro Octavio Gallotti, julgado em 26.06.1991); não constitui fato desabonador de personalidade, para fins de eventual aumento de pena (STF, HC 72.815-4/MS, 1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 05.09.1995); não justifica a imposição de regime mais gravoso de execução de pena (STF, HC 80.616-3/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 18.09.2001); e, a recusa em praticar qualquer ato incriminatório não configura crime de desobediência (STF, HC 75.257-8/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 17.06.1997).

## CAPÍTULO V – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA

### 1. História da Corte Europeia de Direitos Humanos e sua evolução

A Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante, Tribunal Europeu de Direitos Humanos; Corte de Estrasburgo; Tribunal de Estrasburgo) é o mais antigo tribunal internacional no campo de proteção aos direitos humanos.

Foi criado no âmbito da *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, mais conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em Roma, Itália, em 4 de novembro de 1950, sob a égide e no âmbito do então novo Conselho da Europa<sup>199</sup>.

Foi o primeiro tribunal constituído para resolver pendências entre indivíduos e Estados membros.

A idealização da criação de um tribunal dessa proporção ocorreu logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. A pedido de Winston Churchill<sup>200</sup>, os líderes dos países vitoriosos da Europa Ocidental passaram a discutir sobre a criação e organização de uma instituição hábil a proteger os direitos humanos e tornar a repetição de uma guerra medonha menos provável<sup>201</sup>.

Em 1948 foi realizada uma conferência em Haia, Holanda, que levou à criação do Conselho da Europa. Sobre tal órgão, esclarece Paul L. McKaskle<sup>202</sup> que

*“A administração do Conselho da Europa está dividida entre dois órgãos. O Comitê de Ministros, talvez o mais importante, é constituído pelos Ministros das Relações Exteriores (ou seus designados) de cada Estado membro. O outro*

<sup>199</sup> Uma versão em língua portuguesa encontra-se disponível em [http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf), acesso em 17 de novembro de 2016.

<sup>200</sup> Cujo discurso encontra-se disponível em: [http://www.cvce.eu/content/publication/1997/10/13/7dc5a4cc-4453-4c2a-b130-b534b7d76ebd/publishable\\_en.pdf](http://www.cvce.eu/content/publication/1997/10/13/7dc5a4cc-4453-4c2a-b130-b534b7d76ebd/publishable_en.pdf), acesso em 19 de abril de 2016.

<sup>201</sup> Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights: what it is, how it works, and its future*. 40 *University of San Francisco Law Review* 1 (2005), p. 8.

<sup>202</sup> Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 8 a 9. No original, “The Council of Europe's governance is divided between two bodies. The Committee of Ministers, perhaps the most important, is made up of the foreign minister (or the designee thereof) of each member state. The other is the Parliamentary Assembly, which is somewhat more proportional in its representation of the various member states. The foremost of the Council's several goals is the protection of human rights. Thus, one of its earliest actions was to facilitate the drafting of the Convention and, once that was in effect, to superintend its operation.”

*é a Assembleia Parlamentar, que é um pouco mais proporcional na sua representação dos vários Estados membros. O principal objetivo do Conselho é a proteção dos direitos humanos. Assim, uma das suas primeiras ações foi facilitar a elaboração da Convenção e, uma vez em vigor, supervisionar o seu funcionamento.”* (tradução nossa)

Uma versão preliminar da Convenção Europeia de Direitos Humanos foi apresentada em 1950 e se tornou efetiva em 1953, quando ratificada por dez Estados<sup>203</sup>.

O texto original assemelhava-se às provisões previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, garantindo e protegendo o direito à vida, a proibição de tortura ou tratamentos desumanos e degradantes, a proibição de escravidão ou trabalhos forçados, o direito à liberdade e segurança, direito a um julgamento justo, nenhuma punição sem a respectiva previsão legal, o respeito à vida privada e familiar, a liberdade de pensamento, liberdade de consciência e religião, liberdade de expressão, liberdade de reunião e associação, o direito de casar, o direito a um recurso efetivo e a proibição de discriminação<sup>204</sup>.

Com o passar dos anos, outras proteções foram sendo adicionadas (via protocolos), como a proteção da propriedade, liberdade de movimentação, proteções na esfera penal, a abolição da pena de morte, a proibição de prisão por dívidas, dentre outras. No entanto, nem todos esses protocolos foram ratificados por todos os Estados membros: Rússia, por exemplo, até o presente momento, não ratificou o Protocolo 6, que trata sobre a abolição da pena de morte<sup>205</sup>.

Três estágios mostram a evolução da proteção dos direitos humanos no âmbito europeu.

De acordo com Paul L. McKaskle<sup>206</sup>,

<sup>203</sup> A Convenção entrou em vigor no dia 3 de setembro de 1953, em consequência da ratificação por Luxemburgo, décimo Estado a fazê-lo. Cf. sobre o assunto, [http://www.echr.coe.int/Documents/Anni\\_Book\\_Chapter01\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Anni_Book_Chapter01_ENG.pdf), acesso em 19 de abril de 2016.

<sup>204</sup> Cf., [http://www.echr.coe.int/Documents/Anni\\_Book\\_Chapter01\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Anni_Book_Chapter01_ENG.pdf), acesso em 19 de abril de 2016.

<sup>205</sup> Para consultar as datas de assinatura e ratificação dos tratados e protocolos adicionais, consultar o link <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/chartSignature/3>, acesso em 19 de abril de 2016.

<sup>206</sup> Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 11, no original “In the first stage, there was no Court, but only a European Commission on Human Rights. The Commission consisted of one member from each country that had agreed to the Convention. An application to the Commission could be filed by any aggrieved individual or by a member state, but only against a member state. If the Commission found no violation of the Convention, it simply rejected the application, and that particular case ended. But if the Commission found a prima facie case that the Convention had been violated, it undertook fact finding and attempted to reach a ‘friendly settlement’. If such a settlement failed, the Commission issued a report as to whether there had been a violation of the Convention and detailed the reasons for its finding. Such a report, by itself, had no binding effect.”

*“No primeiro estágio, não havia Corte, mas apenas uma Comissão Europeia de Direitos Humanos. A Comissão era composta por um membro de cada país que concordara com a Convenção. Um pedido à Comissão poderia ser apresentado por qualquer indivíduo prejudicado ou por um Estado membro, mas apenas contra um Estado membro. Se a Comissão não constatasse qualquer violação à Convenção, ela simplesmente rejeitava o pedido e caso encerrado. No entanto, se a Comissão considerasse que a Convenção havia sido violada (com base em uma análise prima facie), procedia a uma investigação e tentava chegar a uma ‘solução amigável’. Caso a composição amigável restasse infrutífera, a Comissão emitia um relatório sobre a existência de uma violação à Convenção e detalhava os motivos das suas conclusões. Tal relatório, por si só, não possuía qualquer efeito vinculativo.”* (tradução nossa)

Acrescenta o mencionado autor que, caso a Comissão concluísse pela culpa do Estado membro, restaria somente aguardar o cumprimento espontâneo da respectiva determinação, pois faltava-lhe poderes para impor sua decisão<sup>207</sup>.

O segundo estágio foi implementado em 1959, com a emenda da Convenção que excluiu os poderes jurisdicionais da Comissão de Ministros e criou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Assim,

*“A Corte, constituída por um juiz temporário proveniente de cada Estado membro, tinha poderes para conhecer dos recursos das decisões da Comissão. Até 1990, o particular não tinha o direito de remeter o caso para a Corte (isto é, recorrer de uma decisão da Comissão) e só tinha direito a uma audiência se a própria Comissão achasse que o assunto deveria ser examinado mais aprofundadamente pela Corte. Mas, em 1990, o direito de recorrer à Corte foi alargado aos requerentes que não obtiveram êxito, pelo agora supramencionado Protocolo 9. Se a Corte constatasse uma violação, sua decisão seria enviada ao Comitê de Ministros para execução. Após a criação da Corte, o Comitê de Ministros deixou de ter poderes substantivos. Em vez disso, o Comitê de Ministros apenas supervisionava a execução das decisões - um dos papéis que desempenhou desde o início da Convenção.”*<sup>208</sup> (tradução nossa)

<sup>207</sup> Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 11, (“It only had the power of persuasion or, at the last resort, the power to expel the recalcitrant country from the Council of Europe”).

<sup>208</sup> Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 12, no original “The Court, made up of one part-time judge from each member state, was empowered to hear appeals from Commission decisions. Until 1990, an individual applicant had no independent right to refer a case to the Court (i.e., appeal from a Commission decision) and was, thus, entitled to a hearing only if the Commission itself thought the matter should be further examined by the Court. But, in 1990, the right to appeal to the Court was extended to unsuccessful applicants by the now superceded Protocol 9. If the Court found a violation, its decision was sent to the Committee of Ministers for enforcement. After establishment of the Court, the Committee of Ministers no longer had substantive powers. Rather, the Committee of Ministers merely supervised the implementation of the decisions-one of the roles it played since the inception of the Convention.”

O grande problema desse novo modelo foi o substancial aumento de casos perante a Comissão e a Corte, resultante de um número crescente de países que aderiram à Convenção e da crescente consciência dos cidadãos na possibilidade de obter assistência junto àqueles órgãos<sup>209</sup>.

O terceiro estágio dessa evolução ocorreu em 1 de novembro 1998, quando entrou em vigor o Protocolo 11<sup>210</sup>, documento que reestruturou a Corte Europeia. Dentre as grandes mudanças, merecem destaque a extinção da Comissão e a possibilidade de qualquer pessoa reportar seu pedido diretamente ao próprio Tribunal, para qualquer suposta violação da Convenção<sup>211</sup>.

Entre os anos 1998 e 2000 a Corte Europeia passou por um período de transição; a recém abolida Comissão, por exemplo, desapareceu por completo somente no ano 2000<sup>212</sup>.

Somente a partir de 2001 que a Corte de Estrasburgo passou a operar na sua mais recente forma.

Esta reestruturação passou por nova revisão através do Protocolo 14<sup>213</sup>.

## **2. Estrutura atual da Corte Europeia de Direitos Humanos**

### **2.1. Juízes**

A Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, França, é composta por juízes selecionados dos Estados signatários da Convenção. De acordo com o

---

<sup>209</sup> Em termos estatísticos, Paul. L. McKaskle informa-nos que “In 1990 there were 5279 initial applications filed with the Commission, and the then part-time Court rendered only thirty judgments on appeal from the Commission. The number of cases decided increased slowly over the succeeding years until 1997, the last full year that the Commission was in existence, when there were over 14,000 initial applications filed with the Commission. That year the Court rendered 106 decisions on appeal from the Commission”. Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 13.

<sup>210</sup> Disponível em <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/155>, acesso em 25 de abril de 2016.

<sup>211</sup> Nos termos do artigo 34, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.”

<sup>212</sup> É o que nos informa P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 13.

<sup>213</sup> Disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_Collection\\_P14\\_ETS194E\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P14_ETS194E_ENG.pdf), acesso em 25 de abril de 2016.

artigo 20, da Convenção “*O Tribunal compõe-se de um número de juízes igual ao número de Altas Partes Contratantes.*”.

Assim, cada Estado membro signatário (*Alta Parte Contratante*) será representado por um juiz, independentemente da sua população.

O critério de seleção vem descrito nos artigos 21 e 22, da Convenção Europeia. Em linhas gerais, cada Estado indica três pessoas, sendo um nomeado pela *Parliamentary Assembly*. Os indicados, por sua vez, “*deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de reconhecida competência.*”

Conforme dicção do artigo 23, da Convenção, os juízes eleitos servirão pelo período de nove anos, vedada a reeleição<sup>214</sup>.

O mesmo artigo prevê a aposentadoria compulsória aos setenta anos e a possibilidade de destituição do cargo, devidamente aprovada pelo voto de dois terços dos juízes da casa.

De acordo com o artigo 34 da *Rules of Court*<sup>215</sup> (Regimento Interno), os processos na Corte serão conduzidos em inglês e francês, devendo os juízes serem fluentes em um desses idiomas e deterem bom conhecimento no outro.

## **2.2. Organização da Corte Europeia de Direitos Humanos**

A organização da Corte Europeia de Direitos Humanos vem discriminada na *Rules of Court*, acima citada.

A Corte será internamente dividida em pelo menos quatro seções, equilibradas por região e gênero<sup>216</sup>. Todos os juízes da Corte, através de um sistema rotativo, integrarão todas as seções<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> Redação dada pelo Protocolo 14.

<sup>215</sup> Disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf), acesso em 25 de abril de 2016.

<sup>216</sup> Determina a Rule 25: “Rule 25 – Setting-up of Sections. 1. The Chambers provided for in Article 25 (b) of the Convention (referred to in these Rules as ‘Sections’) shall be set up by the plenary Court, on a proposal by its President, for a period of three years with effect from the election of the presidential office-holders of the Court under Rule 8. There shall be at least four Sections. 2. Each judge shall be a member of a Section. The composition of the Sections shall be geographically and gender balanced and shall reflect the different legal systems among the Contracting Parties. 3. Where a judge ceases to be a member of the Court before the expiry of the period for which the Section has been constituted, the judge’s place in the Section shall be taken by his or her successor as a member of the Court. 4. The President of the Court may exceptionally make modifications to the composition of the Sections if circumstances so require. 5. On a proposal by the President, the plenary Court may constitute an additional Section.”



Cabe ao presidente a administração da Corte, que será assistido pelos seus dois vices. Tais membros serão eleitos pelos seus pares<sup>218</sup>.

Cada seção possui duas funções. A primeira diz respeito a conferir a admissibilidade da causa. O procedimento vem regulado nos artigos 53 a 56 da *Rules of Court*. Nesta etapa, a seção analisa se houve ou não a violação da Convenção, se os remédios internos foram exauridos, bem como se a denúncia é tempestiva<sup>219</sup>. A segunda ocorre quando a causa é admitida. Neste momento, o juiz que analisou previamente o pedido o encaminha para sua respectiva *câmara*, que novamente avaliará se houve violação da Convenção<sup>220</sup>.

Cada seção é internamente dividida em três *câmaras*, sendo, cada uma, composta por sete juízes<sup>221</sup>.

Dentro de sua complexa estrutura, a Corte Europeia ainda conta com a *Grand Chamber* (Pleno), que se manifestará sempre que o caso suscitar questões graves, que afetem a interpretação da Convenção Europeia (ou seus protocolos), ou, ainda, nos casos

<sup>217</sup> É o que se infere da leitura da Rule 26, 1, b, como segue: “1. The Chambers of seven judges provided for in Article 26 § 1 of the Convention for the consideration of cases brought before the Court shall be constituted from the Sections as follows. (...) (b) The other members of the Chamber shall be designated by the President of the Section in rotation from among the members of the relevant Section”

<sup>218</sup> Tal tema vem discriminado nos artigos 8 e 9 da Rules Of Court. Merece menção o fato de ser, a votação, secreta e o mandato de três anos.

<sup>219</sup> De acordo com o artigo 35, da Convenção “1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken. 2. The Court shall not deal with any application submitted under Article 34 that (a) is anonymous; or (b) is substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new information. 3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that: (a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly illfounded, or an abuse of the right of individual application; or (b) the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal. 4. The Court shall reject any application which it considers inadmissible under this Article. It may do so at any stage of the proceedings.”

<sup>220</sup> É o que determina os artigos 27 e 29 da Convenção Europeia, como segue: ARTICLE 27 - Competence of single judges - 1. A single judge may declare inadmissible or strike out of the Court’s list of cases an application submitted under Article 34, where such a decision can be taken without further examination. 2. The decision shall be final. 3. If the single judge does not declare an application inadmissible or strike it out, that judge shall forward it to a committee or to a Chamber for further examination.” (...) “ARTICLE 29 - Decisions by Chambers on admissibility and merits - 1. If no decision is taken under Article 27 or 28, or no judgment rendered under Article 28, a Chamber shall decide on the admissibility and merits of individual applications submitted under Article 34. The decision on admissibility may be taken separately. 2. A Chamber shall decide on the admissibility and merits of inter-State applications submitted under Article 33. The decision on admissibility shall be taken separately unless the Court, in exceptional cases, decides otherwise.”

<sup>221</sup> Cf. Rule 26, da Rules of Court.

em que o julgamento incorrer em risco de inconsistência com pronunciamentos anteriores da Corte<sup>222</sup>.

A composição da *Grand Chamber* vem regulada pelo extenso artigo 24, da *Rules of Court*<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Cf. Rule 72, da Rules of Court (“1. Where a case pending before a Chamber raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or the Protocols thereto, the Chamber may relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber, unless one of the parties to the case has objected in accordance with paragraph 4 of this Rule. 2. Where the resolution of a question raised in a case before the Chamber might have a result inconsistent with the Court’s case-law, the Chamber shall relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber, unless one of the parties to the case has objected in accordance with paragraph 4 of this Rule.”) e artigo 30 (“Devolução da decisão a favor do tribunal pleno - Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser.”) e seguintes da Convenção Europeia.

<sup>223</sup> “1. The Grand Chamber shall be composed of seventeen judges and at least three substitute judges. 2. (a) The Grand Chamber shall include the President and the Vice-Presidents of the Court and the Presidents of the Sections. Any Vice-President of the Court or President of a Section who is unable to sit as a member of the Grand Chamber shall be replaced by the Vice-President of the relevant Section. (b) The judge elected in respect of the Contracting Party concerned or, where appropriate, the judge designated by virtue of Rule 29 or Rule 30 shall sit as an ex officio member of the Grand Chamber in accordance with Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention. (c) In cases referred to the Grand Chamber under Article 30 of the Convention, the Grand Chamber shall also include the members of the Chamber which relinquished jurisdiction. (d) In cases referred to it under Article 43 of the Convention, the Grand Chamber shall not include any judge who sat in the Chamber which rendered the judgment in the case so referred, with the exception of the President of that Chamber and the judge who sat in respect of the State Party concerned, or any judge who sat in the Chamber or Chambers which ruled on the admissibility of the application. (e) The judges and substitute judges who are to complete the Grand Chamber in each case referred to it shall be designated from among the remaining judges by a drawing of lots by the President of the Court in the presence of the Registrar. The modalities for the drawing of lots shall be laid down by the Plenary Court, having due regard to the need for a geographically balanced composition reflecting the different legal systems among the Contracting Parties. (f) In examining a request for an advisory opinion under Article 47 of the Convention, the Grand Chamber shall be constituted in accordance with the provisions of paragraph 2 (a) and (e) of this Rule. (g) In examining a request under Article 46 § 4 of the Convention, the Grand Chamber shall include, in addition to the judges referred to in paragraph 2 (a) and (b) of this Rule, the members of the Chamber or Committee which rendered the judgment in the case concerned. If the judgment was rendered by a Grand Chamber, the Grand Chamber shall be constituted as the original Grand Chamber. In all cases, including those where it is not possible to reconstitute the original Grand Chamber, the judges and substitute judges who are to complete the Grand Chamber shall be designated in accordance with paragraph 2 (e) of this Rule. 3. If any judges are prevented from sitting, they shall be replaced by the substitute judges in the order in which the latter were selected under paragraph 2 (e) of this Rule. 4. The judges and substitute judges designated in accordance with the above provisions shall continue to sit in the Grand Chamber for the consideration of the case until the proceedings have been completed. Even after the end of their terms of office, they shall continue to deal with the case if they have participated in the consideration of the merits. These provisions shall also apply to proceedings relating to advisory opinions. 5. (a) The panel of five judges of the Grand Chamber called upon to consider a request submitted under Article 43 of the Convention shall be composed of \* the President of the Court. If the President of the Court is prevented from sitting, he or she shall be replaced by the Vice-President of the Court taking precedence; \* two Presidents of Sections designated by rotation. If the Presidents of the Sections so designated are prevented from sitting, they shall be replaced by the Vice-Presidents of their Sections; \* two judges designated by rotation from among the judges elected by the remaining Sections to sit on the panel for a period of six months; \* at least two substitute judges designated in rotation from among the judges elected by the Sections to serve on the panel for a period of six months. (b) When considering a referral request, the panel shall not include any judge who took part in the consideration of the admissibility or merits of the case in question. (c) No judge elected in respect of, or who is a national of, a Contracting Party concerned by a referral request may be a member of the panel when it examines that request. An elected judge appointed pursuant to Rules 29 or 30 shall likewise be excluded from consideration

Devido, talvez, aos critérios estritos para conhecimento do pedido (*serious questions of interpretation* ou *serious issues of general importance*), decisões da *Grand Chamber* são bastante raras. Em pesquisa realizada no dia 25 de abril de 2016<sup>224</sup>, encontramos apenas 524 decisões, menos de dez por cento das decisões proferidas pelas câmaras, que, até então, haviam proferido 5.651 julgamentos.

### 2.3. Apresentação de pedido

Qualquer pessoa que se sinta lesada com uma decisão de um Estado membro pode apresentar um requerimento à Corte Europeia, conforme redação dos artigos 33 e 34 da Convenção Europeia<sup>225</sup>.

Regulamentando a matéria, o artigo 34 da *Rules of Court* não exige que a denúncia seja feita via advogado, nem que seja apresentada nos idiomas oficiais – ao contrário, o dispositivo aponta que o pedido poderá ser apresentado em qualquer idioma dos Estados signatários.

Apresentado o pedido, o presidente da Corte designa uma das suas *câmaras*<sup>226</sup>. Encaminhado o pedido, o *relator* efetua uma análise preliminar do caso, conforme o artigo 49 da *Rules of Court*<sup>227</sup>.

---

of any such request. (d) Any member of the panel unable to sit, for the reasons set out in (b) or (c) shall be replaced by a substitute judge designated in rotation from among the judges elected by the Sections to serve on the panel for a period of six months.”

<sup>224</sup> Cf. [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"documentcollectionid":\["GCJUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{), acesso em 25 de abril de 2016.

<sup>225</sup> Dispõem, respectivamente, os artigos 33 e 34 da Convenção que “Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante” e “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.”

<sup>226</sup> Conforme dispõe o artigo 51, da *Rules of Court*.

<sup>227</sup> De acordo com o artigo 49 da *Rules of Court*, “1. Where the material submitted by the applicant is on its own sufficient to disclose that the application is inadmissible or should be struck out of the list, the application shall be considered by a single-judge formation unless there is some special reason to the contrary. 2. Where an application is made under Article 34 of the Convention and its examination by a Chamber or a Committee exercising the functions attributed to it under Rule 53 § 2 seems justified, the President of the Section to which the case has been assigned shall designate a judge as Judge Rapporteur, who shall examine the application. 3. In their examination of applications, Judge Rapporteurs (a) may request the parties to submit, within a specified time, any factual information, documents or other material which they consider to be relevant; (b) shall, subject to the President of the Section directing that the case be considered by a Chamber or a Committee, decide whether the application is to be considered by a single-judge formation, by a Committee or by a Chamber; (c) shall submit such reports, drafts and other documents as may assist the Chamber or the Committee or the respective President in carrying out their functions.”

Na prática, o relator possuirá a mesma nacionalidade do denunciante. De acordo com Paul L. McKaskle<sup>228</sup>,

*“A razão para isso é que as decisões e outros documentos dos tribunais dos Estados membros estão no idioma desse Estado, e a revisão desses documentos é muitas vezes necessária para determinar se há base para a denúncia e se o pedido é tempestivo. Além disso, os pedidos iniciais não precisam ser em francês ou inglês, mas podem estar na língua do requerente. Assim, na maioria dos casos, apenas um juiz fluente na língua do Estado membro pode avaliar eficientemente estes documentos.”* (tradução nossa)

De acordo com o artigo 28 da Convenção, o *comitê*, por votação unânime, poderá rejeitar o pedido, sem mesmo ouvir o Estado acusado. Esta decisão é irrecorrível.

Em não sendo liminarmente rejeitado, o pedido será encaminhado para uma das *câmaras*, que decidirá sobre a admissibilidade e sobre o mérito da causa<sup>229</sup>.

Admitido o pedido, abre-se uma etapa de instrução da causa, na qual poderão ser requisitadas informações factuais, documentos ou outros materiais considerados relevantes pela *câmara* ou pelo presidente, dentre outros<sup>230</sup>.

É possível o deferimento de assistência judiciária, conforme artigos 100 a 105 da *Rules of Court*.

#### **2.4. Especificidades da fase de instrução/audiência**

Admitida a causa para julgamento, um juiz de nacionalidade do Estado acusado integrará obrigatoriamente a turma julgadora.

A razão para tal determinação, de acordo com Paul L. McKaskle, é justamente o domínio que este juiz possui sobre o direito interno do Estado acusado. Sua expertise

---

<sup>228</sup> Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 20, no original “The reason for this is that decisions and other documents of the member state courts are in that state's language, and review of these documents is often necessary to determine if there is a basis for the claim and, indeed, whether the application is timely. Further, initial applications need not be in French or English, but may be in the language of the applicant. Thus, in most cases, only a judge fluent in the member state language can efficiently evaluate these documents.”

<sup>229</sup> De acordo com o artigo 29, da Convenção, “1. If no decision is taken under Article 27 or 28, or no judgment rendered under Article 28, a Chamber shall decide on the admissibility and merits of individual applications submitted under Article 34. The decision on admissibility may be taken separately. 2. A Chamber shall decide on the admissibility and merits of inter-State applications submitted under Article 33. The decision on admissibility shall be taken separately unless the Court, in exceptional cases, decides otherwise.”

<sup>230</sup> Cf. artigo 54, da *Rules of Court*.

permite que o pedido seja criticamente analisado. Na rara hipótese de o juiz proveniente do Estado demandado ser destituído ou, por qualquer razão, não estiver disponível, um juiz *ad hoc* de nacionalidade do Estado demandado será nomeado para tal fim<sup>231</sup>.

Por inexistir qualquer sorte de *órgão inferior* (seja investigativo ou judicial), não raro, a Corte poderá se deparar com situações que demandem uma maior averiguação.

Por conta disso, o Tribunal Europeu dispõe de um conjunto de normas que permite à câmara adotar quaisquer medidas investigativas que considere capaz de esclarecer os fatos submetidos<sup>232</sup>. Neste contexto, a câmara poderá requisitar provas documentais, ouvir testemunhas e peritos, sempre que necessário e sempre que depender de conhecimentos específicos<sup>233</sup>.

Um ou mais membros da Corte poderá(ão), ainda, determinar a realização de um inquérito, proceder a uma investigação no local, ou obter as provas em algum outro continente<sup>234</sup>.

Por fim, o artigo 40 da Convenção Europeia determina que as audiências e documentos serão públicos, salvo decisão excepcional em contrário<sup>235</sup>.

Regulamentando tal dispositivo, o artigo 63 da *Rules of Court* determina que as audiências serão públicas, a menos que a câmara, em circunstâncias excepcionais, decida em contrário, oficiosamente ou a pedido de uma das partes ou de qualquer outro interessado. Ademais, o mencionado artigo prevê que a participação da imprensa e do público pode ser restringida, de toda ou de parte de uma audiência, no interesse da moral, da ordem pública, da segurança nacional, em atenção aos interesses de menores, para a proteção da vida privada das partes ou nos casos em que a publicidade prejudique os interesses da justiça<sup>236</sup>.

<sup>231</sup> Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 22, no original “(...) to have expertise in the domestic law of the state available to the panel, because it may well play a critical role in the outcome of any case. In the rare circumstance that a judge from the defendant state is disqualified or otherwise unavailable, a temporary judge appointed from the defendant states sits for the matter.”

<sup>232</sup> Tais medidas estão previstas nas Rules A1 e seguintes (Annex to the Rules), da Rules of Court.

<sup>233</sup> Nesse sentido, a Rule A1(1) determina que “The Chamber may, at the request of a party or of its own motion, adopt any investigative measure which it considers capable of clarifying the facts of the case. The Chamber may, inter alia, invite the parties to produce documentary evidence and decide to hear as a witness or expert or in any other capacity any person whose evidence or statements seem likely to assist it in carrying out its tasks”.

<sup>234</sup> “(...) to conduct an inquiry, carry out an on-site investigation or take evidence in some other manner”, conforme Rule A1(3).

<sup>235</sup> Conforme redação do artigo 40, da Convenção, “1. A audiência é pública, salvo se o Tribunal decidir em contrário por força de circunstâncias excepcionais. 2. Os documentos depositados na secretaria ficarão acessíveis ao público, salvo decisão em contrário do presidente do Tribunal.”

<sup>236</sup> No original, “Rule 63 – Public character of hearings: 1. Hearings shall be public unless, in accordance with paragraph 2 of this Rule, the Chamber in exceptional circumstances decides otherwise, either of its own motion or at the request of a party or any other person concerned. 2. The press and the public may be

Interessante registrar que o mesmo dispositivo determina que, caso a audiência seja realizada às portas fechadas, indispensável a afixação dos motivos que ensejaram a restrição da publicidade.

### 3. Competência da Corte Europeia de Direitos Humanos

Tal como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a competência contenciosa da Corte de Estrasburgo consiste em decidir os pedidos individuais relativos às supostas violações dos direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Para muitos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos seria uma última instância, para a qual os indivíduos poderiam recorrer, quando infrutíferos seus esforços de obter reparação junto aos tribunais nacionais. Talvez por conta disso, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem sofrido com o crescente aumento do número de casos, o que gera grandes dificuldades em lidar com todos os pedidos dentro de um prazo razoável. Preocupados com a efetividade do sistema europeu de proteção de direitos humanos, em 2012, líderes dos governos europeus se reuniram em Brighton, Reino Unido, para discutirem sobre o futuro da Corte Europeia<sup>237</sup>. Dentre outros, um dos assuntos foi, justamente, a questão da competência da Corte.

As resoluções adotadas naquele encontro culminaram em diversas mudanças, realizadas através de protocolos.

O Protocolo 15, por exemplo, contém disposições que objetivam melhorar a eficácia dos processos junto à Corte e reforçar o princípio da subsidiariedade<sup>238</sup>.

Outras importantes mudanças foram implementadas. Conforme o magistério de Janneke Gerards<sup>239</sup>,

---

excluded from all or part of a hearing in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the Chamber in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. 3. Any request for a hearing to be held in camera made under paragraph 1 of this Rule must include reasons and specify whether it concerns all or only part of the hearing.”

<sup>237</sup> É o que nos informa J. GERARDS, *Advisory opinions, preliminary rulings...*, p. 631. Cf., também, *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report*, em [http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf), acesso em 27 de abril de 2016.

<sup>238</sup> O artigo 1, do Protocolo 15 determina que “At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: ‘Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention’.”

*“Além disso, o Protocolo facultativo n. 16, denominado ‘parecer consultivo’ ou ‘protocolo de diálogo’, abre a possibilidade aos tribunais superiores nacionais de dirigirem pedidos ao TEDH [Tribunal Europeu de Direitos Humanos], para que emita uma opinião consultiva sobre a interpretação e aplicação da Convenção. O principal objetivo da introdução deste procedimento consultivo é reforçar o diálogo entre os tribunais nacionais e o TEDH, permitindo-se que os tribunais nacionais conheçam melhor a Convenção e a apliquem corretamente. Além disso, o Protocolo visa reforçar o papel constitucional do TEDH e espera-se que contribua para a diminuição da carga de trabalho da Corte.” (tradução nossa)*

Passaremos a dissertar sobre os principais elementos da competência consultiva prevista no Protocolo 16, e, posteriormente, analisar os objetivos centrais que levaram a Corte de Estrasburgo a adotar a possibilidade de utilização de tais instrumentos.

### **3.1. Competência consultiva - elementos**

O Protocolo n. 16 possibilitou que os mais altos tribunais nacionais dos Estados membros apresentem, à Corte Europeia, pedido de emissão de opinião consultiva, concernentes às questões interpretativas ou de aplicabilidade dos direitos e liberdades definidos na Convenção e seus protocolos<sup>240</sup>. Caberá a cada Estado membro decidir e informar qual tribunal nacional se revestirá dessa atribuição<sup>241</sup>.

Dissemos, no parágrafo anterior, que as opiniões consultivas versarão sobre a aplicação e interpretação da Convenção. A emissão da opinião consultiva, todavia, deverá

---

<sup>239</sup> Cf. J. GERARDS, *Advisory opinions, preliminary rulings...*, p. 632. No original, “In addition, the facultative Protocol No. 16, which is known as the ‘advisory opinions’ or ‘dialogue Protocol’, opens up the possibility for the highest national courts to direct requests to the ECtHR for it to give an advisory opinion regarding the interpretation and application of the Convention. The main objective of introducing this advisory opinions procedure is to reinforce the dialogue between the national courts and the ECtHR, which is hoped to result in national courts showing more awareness of the Convention and applying it in a correct manner. In addition, the Protocol aims to strengthen the ECtHR’s constitutional role and it is hoped that it will contribute to decreasing the Court’s workload.”

<sup>240</sup> De acordo com o artigo 1(1), do Protocolo n. 16, “Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.”

<sup>241</sup> Conforme redação do artigo 10, do Protocolo n. 16, “Each High Contracting Party to the Convention shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval, by means of a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, indicate the courts or tribunals that it designates for the purposes of Article 1, paragraph 1, of this Protocol. This declaration may be modified at any later date and in the same manner.”

guardar relação com um determinado caso concreto apresentado nos tribunais nacionais<sup>242</sup>. Em outras palavras, não serão emitidas quando os pedidos forem formulados de forma abstrata ou com propósitos eminentemente teóricos.

Como forma de controle, o artigo 1(3), do Protocolo n. 16 exige que *o tribunal nacional requerente fundamente o seu pedido e forneça as informações factuais e jurídicas essenciais e pertinentes ao caso concreto*<sup>243</sup>.

Ainda que o requerimento supostamente atenda aos requisitos acima descritos, o Tribunal de Estrasburgo não é, obviamente, obrigado a acatar o pedido. Caberá a um grupo de cinco juízes decidir a respeito, conforme artigo 2(1), do Protocolo n. 16<sup>244</sup>.

Aceito o pedido, caberá à *Grand Chamber* emitir a opinião consultiva<sup>245</sup>.

O artigo 3<sup>246</sup>, do Protocolo n. 16 permite que o *Council of Europe Commissioner for Human Rights* e que *High Contracting Party* (cujo tribunal solicitou a consulta) se manifestem por escrito e participem de todas as audiências. O Presidente do Tribunal, no interesse da administração da justiça, poderá autorizar que autoridades de outros Estados membros também se manifestem.

As opiniões consultivas emitidas serão fundamentadas e publicadas. Caso o parecer consultivo não seja unânime, cada juiz discordante emitirá seu parecer de forma separada, o que se dará de forma semelhante aos votos proferidos nos julgamentos<sup>247</sup>.

O parecer consultivo não será vinculativo. O artigo 5, do Protocolo n. 16, é enfático a respeito ao afirmar que *“Advisory opinions shall not be binding”*. Logo, o tribunal requisitante poderá decidir se acata ou não o resultado da consulta efetuada.

Espera-se, no entanto, que os tribunais solicitantes sigam a interpretação conferida pela Corte Europeia, podendo, inclusive, adaptá-la ao caso concreto<sup>248</sup>. Até

<sup>242</sup> O artigo 1(2), do Protocolo 16 é claro em afirmar que “The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it.”

<sup>243</sup> No original, “The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case”.

<sup>244</sup> O Protocolo n. 16 não especifica os motivos para aceitação ou rejeição dos pedidos, tendo os cinco juízes discricionariedade a respeito da matéria. Caberá, portanto, à jurisprudência da Corte definir esses parâmetros.

<sup>245</sup> Cf. artigo 2(2), do Protocolo n. 16 (“If the panel accepts the request, the Grand Chamber shall deliver the advisory opinion”).

<sup>246</sup> “Article 3 - The Council of Europe Commissioner for Human Rights and the High Contracting Party to which the requesting court or tribunal pertains shall have the right to submit written comments and take part in any hearing. The President of the Court may, in the interest of the proper administration of justice, invite any other High Contracting Party or person also to submit written comments or take part in any hearing”.

<sup>247</sup> É o que se encontra regulamentado no artigo 4, do Protocolo n. 16, como segue: “Article 4 - 1 Reasons shall be given for advisory opinions. 2 If the advisory opinion does not represent, in whole or in part, the unanimous opinion of the judges, any judge shall be entitled to deliver a separate opinion. 3 Advisory opinions shall be communicated to the requesting court or tribunal and to the High Contracting Party to which that court or tribunal pertains. 4 Advisory opinions shall be published.”



porque o não acatamento da interpretação oferecida pela Corte Europeia poderá ser considerado uma violação às obrigações assumidas pelos Estados, quando ratificaram a Convenção.

Finalmente, convém registrar que o fato de existir a emissão de opinião consultiva em um caso específico não impede o particular de apresentar queixa junto ao Tribunal de Estrasburgo. O parágrafo 26 (artigo 5), do *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report*, dispõe que:

*“O fato de ter a Corte emitido o parecer consultivo sobre uma questão apresentada no âmbito de um processo pendente perante o órgão jurisdicional de um Estado membro, não impede que uma das partes desse mesmo caso exerça, posteriormente, o seu direito de petição previsto no artigo 34 da Convenção, isto é, eles ainda podem recorrer à Corte. No entanto, quando um pedido é apresentado posteriormente a um processo no qual o parecer consultivo da Corte foi efetivamente atendido, espera-se que os elementos do pedido relacionados com as questões abordadas no parecer consultivo tenham sido declarados inadmissíveis ou tenham sido rejeitados.”*<sup>249</sup> (tradução nossa)

### **3.2. Competência consultiva – objetivos**

#### **3.2.1. Diálogo entre tribunais europeus**

De acordo com a Declaração de Brighton<sup>250</sup>, adotada na conferência realizada nos dias 19 e 20 de abril de 2012, a função primordial das opiniões consultivas seria reforçar e fortalecer a interação entre a Corte Europeia e os mais altos tribunais dos

---

<sup>248</sup> Tal afirmação encontra respaldo no parágrafo 27 (artigo 5), do Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report, que determina que *“Advisory opinions under this Protocol would have no direct effect on other later applications. They would, however, form part of the case-law of the Court, alongside its judgments and decisions. The interpretation of the Convention and the Protocols thereto contained in such advisory opinions would be analogous in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions.”*

<sup>249</sup> No original, *“The fact that the Court has delivered an advisory opinion on a question arising in the context of a case pending before a court or tribunal of a High Contracting Party would not prevent a party to that case subsequently exercising their right of individual application under Article 34 of the Convention, i.e. they could still bring the case before the Court. However, where an application is made subsequent to proceedings in which an advisory opinion of the Court has effectively been followed, it is expected that such elements of the application that relate to the issues addressed in the advisory opinion would be declared inadmissible or struck out.”*

<sup>250</sup> Disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf), acesso em 28 de abril de 2016.

Estados membros<sup>251</sup>. O preâmbulo do Protocolo n. 16 explica que essa interação é uma forma de reforçar a implementação da Convenção Europeia de acordo com o princípio da subsidiariedade<sup>252</sup>.

Os benefícios de se buscar uma integração entre a Corte e os tribunais nacionais, segundo pensamos, são inegáveis.

Como bem observa Janneke Gerards<sup>253</sup>,

*“Cabe ao TEDH [Tribunal Europeu de Direitos Humanos] interpretar a Convenção, o que significa que cabe à Corte definir os standards, os critérios e os fatores que, posteriormente, os tribunais nacionais devem transpor para os seus próprios ordenamentos jurídicos nacionais e aplicar nas suas decisões. Mesmo que os standards e os critérios desenvolvidos pelo TEDH sejam, por vezes, um pouco distorcidos e transformados neste processo de transposição, foi demonstrado que a aplicação da Convenção pelos tribunais nacionais, nos casos que envolvem direitos fundamentais, resultou num forte ‘reforço’ da Convenção no direito nacional”.* (tradução nossa)

A parceria e o diálogo entre as Cortes contribuem, efetivamente, para criar *standards* de proteção dos direitos humanos e levá-los para a esfera nacional.

Além disso, *“o procedimento consultivo permite que o posicionamento da Corte tenha um impacto mais direto nas decisões nacionais e oferece aos tribunais nacionais uma orientação mais concreta nos estágios iniciais dos processos.”*<sup>254</sup> (tradução nossa)

---

<sup>251</sup> Conforme o parágrafo 12(d), da Declaração de Brighton, “Notes that the interaction between the Court and national authorities could be strengthened by the introduction into the Convention of a further power of the Court, which States Parties could optionally accept, to deliver advisory opinions upon request on the interpretation of the Convention in the context of a specific case at domestic level, without prejudice to the non-binding character of the opinions for the other States Parties; invites the Committee of Ministers to draft the text of an optional protocol to the Convention with this effect by the end of 2013; and further invites the Committee of Ministers thereafter to decide whether to adopt it”.

<sup>252</sup> No original, “Considering that the extension of the Court’s competence to give advisory opinions will further enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce implementation of the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity”.

<sup>253</sup> Cf. J. GERARDS, *Advisory opinions, preliminary rulings...*, p. 637, no original, “(...) it is up to the ECtHR to give a clear interpretation to the Convention, which means that the Court defines standards, criteria and factors that, subsequently, the national courts can transpose to their own national legal systems and apply in their judgments. Even if the standards and criteria developed by the ECtHR are sometimes a bit twisted and turned in this process of transposition, it has been shown that the application of the Convention by the national courts in fundamental rights cases has resulted in a strong ‘embeddedness’ of the Convention in national law”.

<sup>254</sup> Cf. J. GERARDS, *Advisory opinions, preliminary rulings...*, p. 638-639, no original, “(...) an advisory opinions procedure could enable the Court to have a more direct impact on national judgments and could offer national courts more concrete guidance at an earlier stage of the proceedings.”

### 3.2.2. Redução da carga de trabalho

A Declaração de Brighton também menciona que a adoção do procedimento consultivo (bem como de outras medidas) colaborará para a redução da carga de trabalho<sup>255</sup>.

Alguns poderiam argumentar que a adoção de mais um instrumento poderia ter um efeito contrário e potencialmente aumentar a carga de trabalho da Corte.

A verdade é que a expectativa, aqui, é outra. A redução de trabalho ocorreria a longo prazo. A Corte se preocuparia em clarear o sentido da Convenção nas mais diversas situações, facilitando aos tribunais nacionais a aplicação dos *standards* de proteção nas primeiras instâncias do processo.

Se isso for feito consciente e corretamente,

*“Eventualmente resultará em um número menor de casos junto à Corte, uma vez que a maioria dos casos serão satisfatoriamente resolvidos no plano nacional. Além disso, os pedidos que ainda fossem apresentados em relação a tais questões poderiam facilmente ser declarados inadmissíveis, por terem sido suficientemente avaliados pelo tribunal nacional. Assim, tal trâmite ajudará a Corte a criar um sistema de retroalimentação, conscientizando os peticionários individuais que não faria sentido apresentar novas denúncias, pois não seriam admitidas. Por fim, isso reduzirá a carga de trabalho da Corte, com a vantagem adicional de alocar a responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais na esfera que ela pertence, ou seja, o âmbito nacional.”<sup>256</sup>*  
(tradução nossa)

## 4. Característica das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos proferidas nos casos de competência contenciosa

Consiste a competência contenciosa da Corte Europeia em decidir os pedidos individuais relativos às supostas violações dos direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em outras palavras, é através da competência contenciosa

<sup>255</sup> Cf. parágrafo 7, da mencionada declaração.

<sup>256</sup> É o que sustenta J. GERARDS, *Advisory opinions, preliminary rulings...*, p. 639, no original, “eventually this would result in a lower number of cases to arrive at the Court, since this would mean that most cases would be satisfactorily solved at the national level. Moreover, those applications that would still be brought in relation to such issues could easily be declared inadmissible because they had been sufficiently assessed by a national court. Thus, the procedure would help the Court to create a feedback loop, clarifying to individual applicants that bringing further complaints would not make any sense and acting upon this by dismissing their cases. In the end, this would reduce the Court’s caseload, with the additional advantage of placing the responsibility for protection of fundamental rights at the level where it belongs, that is, the national level.”

que a Corte Europeia declara se um Estado membro violou ou não a Convenção dentro dos limites efetuados no pedido.

Interessante notar que as decisões possuem propensão à limitarem-se ao caráter exclusivamente declaratório<sup>257</sup>.

Tal afirmação exsurge da leitura do artigo 46<sup>258</sup>, da Convenção. Mencionado dispositivo tão somente determina que o julgamento será transmitido ao *Committee of Ministers*, que supervisionará a execução, não indicando, todavia, o que acontecerá depois disso. Daí seu caráter preponderantemente declaratório.

Com efeito, várias das decisões analisadas demonstram que, em geral, a Corte de Estrasburgo limita-se a tão somente declarar se o Estado membro violou ou não, ou cumpriu ou não as especificidades da Convenção<sup>259</sup>.

Nesse contexto, a única sanção realmente coercitiva seria a ameaça de expulsão do Conselho da Europa, o que leva os Estados membros a acatarem o julgamento, ainda que com atraso<sup>260</sup>.

Além da função declaratória do julgamento (com suas mencionadas implicações), existem duas estritas exceções, que, ao menos na esfera penal, não raro são

<sup>257</sup> No mesmo sentido, cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 31 e seguintes.

<sup>258</sup> **ARTIGO 46 - Força vinculativa e execução das sentenças - 1.** As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes. **2.** A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução. **3.** Sempre que o Comité de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares. **4.** Sempre que o Comité de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n.º 1. **5.** Se o Tribunal constatar que houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros, o qual decidirá-se-á pela conclusão da sua apreciação.

<sup>259</sup> É o caso, por exemplo, do julgamento proferido no caso *O'Halloran and Francis versus The United Kingdom*, no qual a Corte Europeia proferiu o seguinte julgamento: "*FOR THESE REASONS, THE COURT: 1. Holds by fifteen votes to two that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention; 2. Holds unanimously that no separate issue arises under Article 6 § 2 of the Convention. Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 29 June 2007.*". Paul McKaskle esclarece que "The Court has no jurisdiction to grant equitable decrees such as injunctions or similar remedial devices, and it has no direct power to enforce its judgments-by contempt proceedings or otherwise. Thus, the Court does not possess the many equitable powers available to courts in the United States (or the United Kingdom for that matter) such as those used, for example, in cases involving school desegregation and prison reform." Cf. P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 31. Por conta disso, julgamentos como o caso citado geralmente levam o Estado condenado a efetuar mudanças no ordenamento interno.

<sup>260</sup> O relatório com as execuções/cumprimento dos julgamentos da Corte Europeia encontra-se disponível no link <http://www.coe.int/en/web/execution/closed-cases>, acesso em 27 de abril de 2016.

aplicadas: a primeira seria a manutenção do *status quo* enquanto o pedido estiver pendente de julgamento; a segunda seria a reparação pecuniária. Vejamo-las.

#### 4.1. Manutenção do *status quo* enquanto pendente o julgamento

O artigo 39 da *Rules of Court*<sup>261</sup> regulamenta o que a Corte Europeia denomina *interim measures*.

Na essência, seria algo como um provimento liminar exigindo que o Estado acusado mantenha o *status quo* de uma situação pendente de julgamento<sup>262</sup>.

De acordo com as informações constantes na página na Corte de Estrasburgo<sup>263</sup>,

“A Corte poderá, com fundamento no artigo 39 do seu Regimento [*Rules of Court*], recomendar *interim measures* para qualquer Estado membro da Convenção. As *interim measures* são medidas urgentes que, de acordo com a prática habitual da Corte, só se aplicam quando existir risco iminente de prejuízo irreparável.” (tradução nossa)

Tais medidas, no entanto, são aplicadas somente em situações específicas.

Conforme o posicionamento firmado na Corte, somente nos casos de ameaça ao direito à vida, previsto no artigo 2, da Convenção; aos casos em que existem tratamentos desumanos, degradantes ou tortura, comportamentos proibidos pelo artigo 3, da Convenção; nas situações de desrespeito à vida privada e à família, garantido no artigo

<sup>261</sup> **Rule 39 – Interim measures** - 1. The Chamber or, where appropriate, the President of the Section or a duty judge appointed pursuant to paragraph 4 of this Rule may, at the request of a party or of any other person concerned, or of their own motion, indicate to the parties any interim measure which they consider should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings. 2. Where it is considered appropriate, immediate notice of the measure adopted in a particular case may be given to the Committee of Ministers. 3. The Chamber or, where appropriate, the President of the Section or a duty judge appointed pursuant to paragraph 4 of this Rule may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure indicated. 4. The President of the Court may appoint Vice-Presidents of Sections as duty judges to decide on requests for interim measures.

<sup>262</sup> No julgamento do caso *Paladi v. Moldova*, a Corte Europeia pontuou que “the Court would stress that where there is plausibly asserted to be a risk of irreparable damage to the enjoyment by the applicant of one of the core rights under the Convention, *the object of an interim measure is to preserve and protect the rights and interests of the parties in a dispute before the Court, pending the final decision*”. (destacamos)

<sup>263</sup> Cf., [http://www.echr.coe.int/Documents/PD\\_interim\\_measures\\_intro\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_intro_ENG.pdf), acesso em 29 de abril de 2016, no original, “The Court may, under Rule 39 of its Rules of Court, indicate interim measures to any State party to the Convention. *Interim measures are urgent measures which, in accordance with the established practice of the Court, apply only where there is an imminent risk of irreparable damage.*” (destacamos)

8, da Convenção; e, nos casos envolvendo deportação e extradição, ocasião em que a Corte determina que o Estado membro suspenda a ordem emitida contra o acusado<sup>264</sup>.

As providências poderão ser tomadas, a teor do artigo 39, diretamente pela câmara, pelo presidente da seção ou mesmo por outro juiz designado, tudo para evitar situações potencialmente irreversíveis (que prejudicariam a Corte de analisar corretamente o pedido) e para assegurar ao acusado os direitos e garantias previstos na Convenção. No entanto, ainda é desconhecido se esse poder será eficaz quando o Estado estiver propenso a agir<sup>265</sup>.

#### 4.2. Reparação pecuniária razoável (*Just satisfaction*)

A reparação pecuniária vem prevista no artigo 41, da Convenção Europeia, redigido da seguinte forma:

*“ARTIGO 41 - Reparação razoável  
Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.”*<sup>266</sup>

Interessante aludir que, a despeito da existência de tal dispositivo, inexistente na Convenção Europeia ou na *Rules of Court* qualquer menção sobre o que será levado em conta para a concessão da reparação pecuniária e em qual montante ela será fixada.

Esta abertura permite à Corte a concessão de reparação nas mais diversas hipóteses.

---

<sup>264</sup> O parágrafo 104, do caso *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* é claro em afirmar que “104. Interim measures have been indicated only in limited spheres. Although it does receive a number of requests for interim measures, in practice the Court applies Rule 39 only if there is an imminent risk of irreparable damage. While there is no specific provision in the Convention concerning the domains in which Rule 39 will apply, requests for its application usually concern the right to life (Article 2), the right not to be subjected to torture or inhuman treatment (Article 3) and, exceptionally, the right to respect for private and family life (Article 8) or other rights guaranteed by the Convention. The vast majority of cases in which interim measures have been indicated concern deportation and extradition proceedings.”

<sup>265</sup> No já citado *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, por exemplo, a Turquia não acatou a determinação da Corte Europeia e honrou o compromisso de extradição, enviando *Mamatkulov* ao Uzbequistão sem aguardar o desfecho do processo.

<sup>266</sup> Cf. [http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf), acesso em 4 de novembro de 2016.

A Corte, por exemplo, já condenou Estado membro a indenizar eventuais gastos que o requerente suportou no âmbito interno, com custas processuais e honorários advocatícios<sup>267</sup>, somente.

A reparação também foi concedida em situações em que o recorrente foi prejudicado por ação ou omissão estatal que acabou por gerar perda monetária. Assim, a Grécia foi condenada a indenizar a família real grega em treze milhões e setecentos mil euros, por desapropriação<sup>268</sup>. O Reino Unido também foi condenado a indenizar quatro crianças (hoje adultos), vítimas de abusos sexuais por parte dos pais. Segundo consta, as autoridades tinham conhecimento da situação, mas se omitiram em sua obrigação de encaminhar os menores para um orfanato<sup>269</sup>.

Casos como prisões ilegais, torturas, tratamento desumano e degradante, perda de direitos políticos, etc., não envolvem perdas monetárias diretas. Nestes casos, a jurisprudência da Corte se divide: em determinadas situações, para a Corte, o reconhecimento da violação, de *per se*, constitui reparação razoável<sup>270</sup>; outros casos, notadamente os mais recentes, a Corte tem deferido uma compensação monetária, fixada, ao que parece, por equidade, pois, pelo menos nos casos analisados, nunca houve qualquer menção a quais fatores devem ser relevados na fixação do valor.

Vale lembrar que somente eventuais danos atribuídos ao Estado poderão ensejar uma condenação reparatória. Logo, eventuais danos causados por particulares não serão recompensados pela Corte.

Por fim, os poderes concedidos à Corte Europeia se limitam a fixar o montante devido, não dispondo, todavia, de poderes executórios.

Caberá ao Estado cumprir o determinado no julgamento, sob pena de possível exclusão do Conselho da Europa<sup>271</sup>.

---

<sup>267</sup> Cf. parágrafo 48 e seguintes do caso *Lingens v. Austria*.

<sup>268</sup> Cf. caso do *Former King of Greece and others v. Greece* (julgamento *just satisfaction*), de 28 de novembro de 2002.

<sup>269</sup> Cf. caso *Z and others v. The United Kingdom*.

<sup>270</sup> Cf. caso *O'Halloran and Francis versus The United Kingdom*, acima mencionado.

<sup>271</sup> É o que nos informa P. L. MCKASKLE, *The european court of human rights...*, p. 37.

## CAPÍTULO VI – O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

### 1. A Convenção Europeia e o privilégio contra a autoincriminação

A *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* – conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>272</sup> (doravante, Convenção, Convenção Europeia) –, de 4 de novembro de 1950, é um documento relativamente breve em sua extensão, se comparada com outras declarações internacionais ou constitucionais de direitos<sup>273</sup>.

O artigo 6 da mencionada Convenção regulamenta o direito ao julgamento justo (referido como *fair trial*). O mesmo dispositivo contém uma lista dos direitos adicionais que são aplicáveis apenas no âmbito criminal<sup>274</sup>. São eles: a presunção de inocência; o direito a ser informado imediatamente acerca da natureza de qualquer acusação; o direito aos meios adequados para a defesa; o direito à assistência jurídica, gratuita, inclusive; o direito de interrogar testemunhas; e, o direito a um intérprete<sup>275</sup>.

<sup>272</sup> Disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf), acesso em 26 de agosto de 2015.

<sup>273</sup> Cf., por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992; a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992; a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (Carta Árabe); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002; o Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda; o Estatuto do Tribunal Internacional da ex-Iugoslávia; a Constituição da República Federativa do Brasil; a Constituição Espanhola de 1978; e a Constituição Argentina de 1994.

<sup>274</sup> O mesmo pode ser dito sobre o âmbito do princípio *nemo tenetur*. Conforme o magistério de Stefan Trechsel, “The privilege applies only within the context of criminal proceedings. The state may request that individuals provide many types of information and often the information can have a negative effect, one need only think about tax returns. There can be no doubt that the privilege does not apply outwith the criminal law – a fact evidenced by the very term self-incrimination. In *Saunders* the Court made it quite clear that the fact that the applicant was under an obligation to answer the questions of the inspectors did not create any problems under the Convention” (itálicos no original). Cf. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, p. 349.

<sup>275</sup> Dispõe o artigo 6: “Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a



Esta pequena lista não inclui o *direito ao silêncio* ou, na linguagem da Corte Europeia, o *privilégio contra a autoincriminação*<sup>276</sup>, consubstanciados na máxima *nemo tenetur se detegere*<sup>277</sup>. Tais direitos, todavia, têm sido considerados, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, implícitos no artigo 6, como se nota nos mais diversos julgamentos envolvendo questões criminais.

O foco do presente capítulo repousa particularmente no desenvolvimento e na análise crítica da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte, Corte Europeia, Corte de Estrasburgo, Tribunal de Estrasburgo), acerca do princípio que protege o indivíduo de se autoincriminar.

Importante advertir que a Corte Europeia de Direitos Humanos não possui uma doutrina estrita de precedentes, mas, de acordo com o que se infere a partir das decisões, há uma certa tendência em seguir a linha de julgamento proferida nas decisões anteriores, embora isso nem sempre ocorra.

Conforme veremos, o Tribunal de Estrasburgo realizou diversos julgamentos ousados e controversos sobre algumas questões; num deles, como mencionado, a Corte

---

totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.

<sup>276</sup> Além da omissão no texto originário, o Conselho da Europa perdeu a oportunidade de incorporar o privilégio no Protocolo n. 7, adotado em 22 de novembro de 1984. O Protocolo n. 7 adotou diversas medidas para reforçar certos direitos e liberdades previstos na Convenção Europeia. No entanto, no âmbito criminal, previu apenas o direito ao duplo grau de jurisdição (artigo 2); o direito à compensação por prisão tida como injusta (artigo 3); e, o direito de não ser julgado ou punido duas vezes (artigo 4). O Protocolo n. 7 encontra-se disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_Collection\\_P7postP11\\_ETS117E\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P7postP11_ETS117E_ENG.pdf), acesso em 27 de agosto de 2015. Sem embargo, pontua a doutrina que “The omission of a corresponding provision in Protocol No. 7 cannot, however, be characterized as an oversight. It was agreed that the right formed part of the general fair-trial guarantee.” Sobre o assunto, cf. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, p. 340.

<sup>277</sup> Concordamos com Maria Elizabeth Queijo, quando afirma que o princípio *nemo tenetur se detegere* “tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. (...) **Cuida-se do direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio**” (grifamos). E prossegue: “Parece acertado referido entendimento, de acordo com as notas características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Em suma: é resguardada, nos direitos fundamentais, a dignidade humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado”. Cf. M. E. QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur...*, p. 77.

reconheceu o princípio *nemo tenetur se detegere* na cláusula geral do direito ao *fair trial*, previsto no artigo 6, da Convenção.

O objetivo é traçar o panorama de reconhecimento e refinamento do privilégio contra a autoincriminação pela Corte Europeia, a fim de identificar os fundamentos teóricos abordados pelo Tribunal e explorar questões deixadas em aberto, até a presente data.

## 2. O reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

O reconhecimento do privilégio contra a autoincriminação, no que concerne aos direitos humanos, ocorreu, na Europa, de forma tímida. Tal evento aconteceu somente 25 de fevereiro de 1993, quando a Corte Europeia de Direitos Humanos conheceu e julgou o caso *Funke versus France*<sup>278</sup>.

Segundo consta, autoridades aduaneiras francesas conseguiram, em relação ao acusado Funke, um mandado que os autorizava procurar provas sobre a existência de ativos no exterior ("*particulars of their assets abroad*"). Os fiscais encontraram provas de que Funke mantinha, efetivamente, contas bancárias estrangeiras. As autoridades emitiram

---

<sup>278</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809#{"itemid":\["001-57809"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809#{), acesso em 27 de agosto de 2015. Antes do julgamento do caso *Funke v. France*, questões que refletiam preocupações estritamente relacionadas com o *direito ao silêncio*, por exemplo, eram resolvidas sob o pálio de outros princípios. Encontramos um caso particularmente interessante, no qual as declarações do suspeito foram relacionadas com a presunção de inocência: no caso *Salabiaku v. France*, de 7 de outubro de 1988, o recorrente foi acusado de tráfico de drogas e de violar leis alfandegárias. Segundo consta, o acusado teria encomendado do exterior mercadorias não declaradas, juntamente com sementes e folhas de *cannabis*, alocadas num compartimento falso. *Salabiaku* negou as acusações, aduzindo simplesmente desconhecer a origem e envio da droga. Sem embargo, o recorrente foi considerado culpado de ambas as acusações. As autoridades francesas consideraram as declarações do acusado como inverídicas e impuseram consequências adversas por ter, em tese, falsamente respondido. Ao lado disso, as autoridades francesas valeram-se do dispositivo da legislação alfandegária francesa, que dispunha, em outras palavras, que qualquer pessoa encontrada de posse de mercadorias compradas no exterior, sem as respectivas declarações, seria objetivamente responsabilizada de acordo com as leis de importação, a menos que pudesse comprovar o contrário. Para o governo francês, tal disposição não constitui declaração de culpa, mas, sim, declaração de responsabilidade da pessoa envolvida. A Corte de Estrasburgo, por sua vez, já entendia que a presunção de inocência não seria absoluta, mas, quaisquer restrições sobre ela deveriam ser mantidas dentro de limites razoáveis que tinham em conta o que estava em risco, para manter o pleno direito de defesa. No julgamento, a Corte entendeu que em nenhuma hipótese deve-se exigir do acusado mais que plantar uma dúvida razoável de sua culpabilidade. Por conseguinte, uma presunção que alivia a acusação de parte do ônus de provar todos os elementos de uma infração penal, de modo a permitir uma condenação apesar da existência de dúvida razoável a respeito da culpabilidade do acusado, e exige do acusado uma participação mais ativa, ou, até mesmo, sua responsabilização objetiva, será incompatível com a ideia de julgamento justo, previsto no artigo 6, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

uma ordem exigindo-lhe que apresentasse os extratos bancários dessas contas, o que foi recusado pelo acusado.

Funke foi processado e condenado criminalmente por não apresentar os documentos. A sentença resultou em uma multa que aumentava por cada dia que ele continuasse a se recusar a fornecer os documentos solicitados.

Na Corte de Estrasburgo, Funke alegou que o seu direito a um julgamento justo foi violado, pois ele estava sendo obrigado a fornecer provas que poderiam incriminá-lo.

Apesar do âmbito limitado de direitos consagrados no artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a *novel* alegação foi admitida e, mais que isso, a Corte entendeu que as autoridades francesas efetivamente violaram o direito a não autoincriminação.

A Corte, inicialmente, observou que o serviço aduaneiro obteve a condenação do senhor Funke com o fim de conseguir determinados documentos que acreditavam existir, embora inexistisse certeza. Sendo incapazes de produzi-los por outros meios, as autoridades tentaram obrigar o próprio requerente a fornecer a prova das infrações que supostamente havia cometido.

O Tribunal de Estrasburgo, invocando a proteção do artigo 6 da Convenção, considerou que particularidades do direito aduaneiro não poderiam justificar a violação do direito de qualquer pessoa «*acusada de uma infração penal*» de permanecer em silêncio e não se autoincriminar (ênfase do próprio julgado)<sup>279</sup>.

Com esta breve declaração, o princípio que assegura o direito a não se autoincriminar passou a ser adotado pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Nada foi dito sobre o alcance do princípio, ou sobre as suas origens e fundamentos. No entanto, dois pontos emergem desse primeiro julgamento.

Primeiro, a proteção se aplica à entrega de documentos pelo indivíduo.

O segundo é que a Corte Europeia considerou que o privilégio não pode ser simplesmente equilibrado contra o interesse público, a fim de determinar se houve ou não

---

<sup>279</sup> Extrai-se da decisão que “44. The Court notes that the customs secured Mr Funke’s conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law (see paragraphs 30-31 above) cannot justify such an infringement of the right of anyone ‘charged with a criminal offence’, within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself. There has accordingly been a breach of Article 6 para. 1 (art. 6-1).”

violação. Esta proposição surge do fato de que o julgamento da Corte diferiu da opinião da Comissão Europeia<sup>280</sup>, emitida previamente no mesmo caso.

Segundo Jacobo López Barja de Quiroga<sup>281</sup>, a Comissão, baseando-se nas peculiares características dos procedimentos em matéria mercantil e fiscal,

*“consideraba que ni la obligación de presentar certificaciones bancarias ni la imposición de multas pecuniarias constituía un ataque al artículo 6 del Convenio. El primero era reflejo de medidas de supervisión de Estado y respecto a la segunda responsabilidad por el daño causado recaía enteramente en la persona afectada que rehusaba cooperar con las autoridades.”*

Dessa forma, para a Comissão, o princípio contra a autoincriminação sucumbe ante às medidas coercitivas necessárias para preservação do interesse público; entretanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos ponderou que estas considerações não podem justificar esse tipo de violação do privilégio.

### 3. Definindo o princípio *nemo tenetur se detegere*

---

<sup>280</sup> De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli, “para o monitoramento dos direitos nela consagrados, a Convenção Europeia, em seu texto original, instituiu três órgãos distintos: a) um semi-judicial, a Comissão Europeia de Direitos Humanos; b) um judicial, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e; c) um ‘diplomático’, o Comitê de Ministros (do Conselho de Europa). Tal como no sistema interamericano, a função primordial da Comissão Europeia de Direitos Humanos era analisar as queixas ou comunicações interestatais, bem assim dos indivíduos (ONGs ou grupos de indivíduos), sobre violação da Convenção. Outras funções também competiam à Comissão, como decidir sobre a admissibilidade das petições, propor soluções amigáveis quando apropriado, ordenar medidas preliminares de proteção (equivalentes às medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos), enviar os casos à Corte Europeia ou dirigir seus relatórios ao Comitê de Ministros do Conselho de Europa. À Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, competia (por meio de cláusula facultativa, também como no sistema atual da Convenção Americana) julgar os casos de violação de direitos humanos submetidos pela Comissão. Além desses dois órgãos (Comissão e Corte Europeia) existe ainda no sistema regional europeu o Comitê de Ministros do Conselho de Europa, nascido antes da Convenção, mas por ela tido como órgão de supervisão. No que tange ao Comitê de Ministros, explica Cançado Trindade que ‘se distingue a Convenção Europeia de sua equivalente no continente americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prescinde de órgão de composição política do gênero do Comitê de Ministros, limitando sua supervisão à Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos’”. E continua, “Ocorre que por meio do citado Protocolo n° 11, que entrou em vigor em 1° de novembro de 1998, reformou-se totalmente o sistema de controle da Convenção Europeia, quando então tanto a Comissão como a Corte Europeia de Direitos Humanos foram substituídas por uma *nova Corte* permanente (a Corte única), com número de juízes igual ao dos Estados-partes e com competência para realizar os juízos de admissibilidade e de mérito dos casos que lhe forem submetidos, sem depender agora de um órgão distinto (a Comissão) responsável pela admissibilidade das petições ou comunicações.” Cf. V. O. MAZZUOLI, *O sistema regional europeu de proteção...*, p. 37-38. Interessante reforçar que, através do Protocolo n. 9, de novembro de 1990, a Corte Europeia passou a permitir que as petições fossem apresentadas diretamente pelos indivíduos prejudicados.

<sup>281</sup> Cf. J. L. B. de QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 533.

Uma nova manifestação da Corte sobre o tema ocorreria somente após três anos do julgamento do caso Funke, com o julgamento do caso John Murray *versus* The United Kingdom, de 8 de fevereiro de 1996<sup>282</sup>.

A questão apresentada no caso John Murray *versus* The United Kingdom<sup>283</sup> envolvia o direito ao silêncio e em que medida era compatível com esse direito o fato de o judiciário inferir conclusões desfavoráveis quando o acusado falhasse ou omitisse em responder às perguntas formuladas pela polícia durante a fase investigativa.

No julgamento, a Corte, inicialmente, vislumbrou uma proximidade existente entre o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação: segundo o Tribunal, este último protege o acusado contra ameaças de coações, a fim de forçá-lo a fornecer certas informações<sup>284</sup>, ao passo que o direito ao silêncio resguarda o acusado contra inferências adversas quando calar, ou expressamente recusar-se a responder a quaisquer perguntas formuladas<sup>285</sup>.

Pontuou, ainda, que a relação existente entre esses direitos e o direito ao julgamento justo (*fair trial*) estão amparados pela Convenção Europeia e pelo artigo 14, 3, g, do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966.

O parágrafo 45 da decisão proferida no caso John Murray é enfático ao afirmar que

*“Embora não especificamente mencionados no artigo 6 da Convenção, não há dúvidas de que o direito de permanecer em silêncio durante o interrogatório policial e o privilégio contra a autoincriminação são geralmente reconhecidos como standards internacionais que estão no cerne da noção de justo processo,*

<sup>282</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57980#{"itemid":\["001-57980"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57980#{), acesso em 29 de agosto de 2015.

<sup>283</sup> No caso, no dia 7 de janeiro de 1990, o demandante John foi detido com fundamento no disposto no artigo 15 da *Lei de Prevenção do Terrorismo* de 1990. De acordo com a legislação norte-irlandesa da época, o acusado teria o direito de se manter em silêncio, podendo sofrer, todavia, inferências negativas a partir do seu exercício. Desde o momento em que foi preso, John sustentou que nada tinha a declarar. Foi interrogado dez vezes e em todas elas manteve-se silente. A justiça norte-irlandesa o condenou por ter permanecido calado, fundando a condenação justamente no permissivo legal que autorizava extrair inferências contrárias a partir do silêncio do acusado, mantido ao longo do procedimento, o que o levou a recorrer para a Corte Europeia de Direitos Humanos.

<sup>284</sup> De acordo com o parágrafo 49 do julgado, “The facts of the present case accordingly fall to be distinguished from those in Funke (see paragraph 41 above) where criminal proceedings were brought against the applicant by the customs authorities in an attempt to compel him to provide evidence of offences he had allegedly committed. Such a degree of compulsion in that case was found by the Court to be incompatible with Article 6 (art. 6) since, in effect, it destroyed the very essence of the privilege against self-incrimination.”

<sup>285</sup> Conforme o parágrafo 42 da decisão, “(...) permitting adverse inferences to be drawn from the silence of the accused was an effective means of compulsion which shifted the burden of proof from the prosecution to the accused and was inconsistent with the right not to be compelled to testify against oneself or to confess guilt because the accused is left with no reasonable choice between silence.”

*ao abrigo do artigo 6 (vide o julgamento do caso Funke, já referido). Por proporcionar ao acusado proteção contra a compulsão indevida por parte das autoridades, estas imunidades contribuem para evitar equívocos da justiça e para assegurar os fins do artigo 6.*<sup>286</sup> (tradução nossa)

Embora o julgamento do caso John Murray confirmasse o lugar do direito ao silêncio no ordenamento europeu de direitos humanos, o princípio *nemo tenetur se detegere*, ainda aguardava um exame detalhado pelo Tribunal de Estrasburgo.

Este exame ocorreu no julgamento do caso Saunders *versus* The United Kingdom<sup>287</sup>, de 17 de dezembro de 1996.

De acordo com o relato dos fatos, o demandante era chefe executivo e diretor do Guinness. Numa operação de compra de outra empresa, a *Distillers Company*, Saunders teria praticado diversas transações ilegais e oferecido diversos incentivos, tudo para melhorar sua oferta frente a outros compradores. Uma investigação se iniciara. Os agentes públicos – antes mesmo da deflagração de qualquer procedimento investigativo –, teriam coagido diversas pessoas, o requerente, inclusive, a responder a diversas perguntas, cuja negativa implicava em crime de desobediência punível com dois anos de prisão. A acusação se valeu desses questionários numa subsequente ação penal, que culminou com a prisão do demandante Saunders.

A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o uso das informações adquiridas a partir de coação equivalia à violação do direito a não se autoincriminar, implicitamente reconhecido no artigo 6 da Convenção. Em outros termos, reconheceu a Corte que as declarações tomadas sob coação não deveriam ter sido utilizadas nos processos penais subsequentes.

No presente caso, seguindo a linha dos julgamentos anteriores<sup>288</sup>, o Tribunal de Estrasburgo acrescentou que:

---

<sup>286</sup> No original, “45. Although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6) (see the Funke judgment cited above, loc. cit.). By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6 (art. 6).”

<sup>287</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009#{"itemid":\["001-58009"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009#{), acesso em 31 de agosto de 2015.

<sup>288</sup> Como destacado no parágrafo 68, primeira parte do acórdão, “The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (art. 6) (see the above-mentioned John Murray judgment, p. 49, para. 45, and the above-mentioned Funke judgment, p. 22, para. 44).”

“O direito de não se incriminar, em particular, pressupõe que a acusação, no processo penal, procure comprovar suas alegações sem recorrer a provas obtidas através de métodos de coerção ou opressão, contrários à vontade do acusado. Neste sentido, tal direito está estreitamente ligado à presunção de inocência contida no artigo 6, parágrafo 2 da Convenção (art. 6-2).”<sup>289</sup> (tradução nossa)

A decisão proferida em Saunders foi invocada em diversos outros casos, o que contribuiu para a estabilização de diversos aspectos acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Tal evento nos permite analisar o princípio sob diversos enfoques: em quais tipos de jurisdição o princípio se aplica; quais os tipos de provas estariam no âmbito de proteção; sua natureza; e o direito a ser advertido.

### **3.1. Em quais tipos de jurisdição o princípio contra a autoincriminação se aplica?**

Resulta do caso Saunders que o privilégio contra a autoincriminação ampara somente a admissão de provas obtidas na *jurisdição* penal<sup>290</sup>. Não estariam proibidas, para a Corte de Estrasburgo, a extração coativa de informações no curso de uma investigação puramente administrativa.

No caso Saunders, a Corte sublinhou que o papel da investigação conduzida na esfera administrativa era essencialmente regulatório, e, dessa forma, distinto de uma investigação criminal; o papel dos investigadores, sob a égide da legislação aplicada ao

<sup>289</sup> Cf. parágrafo 68, do caso Saunders *versus* The United Kingdom. No original, “The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2).”

<sup>290</sup> O termo jurisdição, aqui, foi empregado com a função precípua de contrapor a jurisdição *civil* da *penal*. Comungamos, no entanto, do entendimento que a jurisdição – tal como o direito processual (conjunto de normas e princípios de direito público, com objeto próprio) –, não comporta adjetivações. Logo, pensamos não ser correto distinguir entre jurisdição penal e não penal, em vista dos fundamentos penais ou não penais das pretensões sobre as quais ela se exerce. Não se pode, todavia, negar a conveniência prática dessa classificação, segundo a qual “tem-se por jurisdição civil a que se exerce para a solução de conflitos segundo preceitos de direito não-penal: a grande extensão da área coberta por essa *espécie de jurisdição*, máxime nos sistemas em que inexistente a justiça administrativa (contencioso administrativo), põe sob a autoridade dos *juízes civis* todos os litígios fundados em direito civil, comercial, administrativo, tributário e constitucional. Inexistindo adjetivo que represente melhor essa abrangência, da *jurisdição civil*, por essa locução entende-se a jurisdição exercida em matéria não-penal.” (destaques no original) Cf. C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, p. 329.

caso (*Companies Act 1985*) seria unicamente “averiguar e registrar fatos que poderiam ser subsequentemente utilizados como base para uma ação perante outras autoridades competentes - judiciais, reguladoras, disciplinares ou mesmo legislativas.”<sup>291</sup> (tradução nossa)

O mesmo posicionamento restou confirmado no caso *I.J.L. and others versus The United Kingdom*, que envolvia outros réus do julgamento relativo à venda do *Guinness*. Neste caso, os acusados argumentaram que os questionamentos perpetrados pelos investigadores deveriam ser tratados como parte da persecução penal. A Corte rejeitou essa alegação, afirmando que assistia razão aos recorrentes em sustentar que a violação ao privilégio contra a autoincriminação resultou da utilização dos interrogatórios no âmbito criminal; no entanto, aos recorrentes não assistia razão em sustentar que a exigência legal para um indivíduo dar informações perante um órgão administrativo violaria o artigo 6, da Convenção<sup>292</sup>. Logo, o uso da prova no processo penal subsequente violou o artigo 6, mas o interrogatório colhido pelos investigadores na esfera administrativa não o fez.

No entanto, na esfera penal, o Tribunal de Estrasburgo estabeleceu que o privilégio contra a autoincriminação incide mesmo nos estágios iniciais da persecução.

Referida proposição restou posteriormente confirmada no caso *Heaney and McGuinness versus Ireland*<sup>293</sup>.

No caso, Heaney e McGuinness foram presos, acusados da prática de atos de terrorismo. De acordo com o relatório do caso, em 23 de outubro de 1990, uma grande explosão ocorreu na instalação militar britânica localizada em Ulster, que ocasionou a morte de um civil e cinco soldados britânicos, além de deixar vários outros soldados gravemente feridos.

Os demandantes foram detidos, sob suspeita de pertencerem ao *Irish Republican Army* (I.R.A.), e de haverem participado da colocação da bomba.

---

<sup>291</sup> Cf. parágrafo 62, do caso *Saunders versus The United Kingdom*. No original, “(...) to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities - prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative.”

<sup>292</sup> De acordo com o parágrafo 100 do caso *I.J.L. and others versus The United Kingdom* “100. On this point, the applicants are correct since the Court of Appeal did not have regard to the infringement of the applicants' right not to incriminate themselves which resulted from the use made by the prosecution of information which domestic law compelled them to provide on pain of sanction. However, the applicants are not correct in their assertion that a legal requirement for an individual to give information demanded by an administrative body necessarily infringes Article 6 of the Convention.”

<sup>293</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59097#{"itemid":\["001-59097"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59097#{), acesso em 1 de setembro de 2015.



Indagados sobre seus respectivos paradeiros no dia dos fatos, ambos se recusaram a responder, guardando-se em silêncio. Ambos foram processados por pertencerem ao Exército Republicano Irlandês (I.R.A). Embora absolvidos dessa acusação, foram condenados a seis meses de prisão, por permanecerem em silêncio.

A Corte entendeu que o direito a não autoincriminação restou violado.

No julgamento, a Corte notou a similitude com o caso *Funke versus France*, pois ambos os casos diziam respeito à ameaça de sanção penal a acusados que se recusaram a fornecer informações às autoridades que os investigavam<sup>294</sup>.

Para o Tribunal de Estrasburgo, o dispositivo da legislação irlandesa sob a qual a condenação se fundou (seção 52, do *Offenses Against the State Act of 1939*), formalizava uma coação para a autoincriminação na sua forma mais pura e simples. O estatuto legal teria criado um sistema que assegurava à autoridade policial extrair informações potencialmente autoincriminatórias, valendo-se de ameaças de sanções criminais, caso os suspeitos recusassem a se manifestar.

A Corte decidiu que os casos em que a falta ou omissão em fornecer informações constitui sanção penal (seja oral, como em *Heaney e McGuinness*; seja escrita, como em *Funke*), viola o direito a não se autoincriminar.

Ademais, em ambos os casos, e também no caso *Saunders*, as informações foram requeridas apenas para formar base para uma ação penal por um delito mais grave.

Dentro desse contexto, a Corte reconheceu violado o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Um ponto mais difícil diz respeito à eventual *repercussão* do depoimento colhido na esfera administrativa na esfera penal. Como compatibilizar tal repercussão com o *privilégio*? A questão foi debatida em *King versus The United Kingdom*<sup>295</sup>.

No caso, as declarações do acusado, extraídas de forma compulsória num inquérito tributário, foram utilizadas como base para o cálculo da pena aplicada na condenação criminal, pela falta de pagamento de impostos.

Na Corte, o recorrente *King* aduziu ser injustas as penalidades impostas com base em informações obtidas sob coação, por clara violação do privilégio contra a autoincriminação.

---

<sup>294</sup> Conforme dicção do parágrafo 49 da decisão “(...) both cases concerned the threat and imposition of a criminal sanction on the applicants in question because they failed to supply information to authorities investigating the alleged commission of criminal offences by them.”

<sup>295</sup> Cf. caso *King versus United Kingdom* [37 Eur. H.R. Rep. 1 (2003)], disponível em <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/united-kingdom/2003/04/08/king-v-the-united-kingdom-23167-13881-02.shtml>, acesso em 2 de setembro de 2015.

Mas, de acordo com a decisão,

*“O direito a não se autoincriminar pressupõe que a acusação, na esfera processual penal, comprove suas alegações sem recorrer a provas obtidas através de métodos de coerção ou opressão, contrárias à vontade do acusado. No entanto, o direito a não autoincriminação é essencialmente, embora não exclusivamente, relacionado com respeito da vontade do acusado de permanecer em silêncio no contexto do processo criminal, e com a utilização de informações obtidas compulsoriamente na persecução penal. Tal como o recorrente reconhece, o privilégio não proíbe o uso de poderes compulsórios para exigir que os contribuintes forneçam informações sobre seus assuntos financeiros. Com efeito, a obrigação de declarar os rendimentos e o capital, para efeito de cálculo e tributação, é uma característica comum dos sistemas fiscais dos Estados membros e seria difícil contemplá-los funcionando eficazmente sem ela.”*<sup>296</sup> (tradução nossa)

Como se nota, a Corte Europeia de Direitos Humanos declarou ser, *in casu*, inaplicável a proteção, procurando distinguir esse caso dos anteriores, acima citados.

Em primeiro lugar, o Tribunal de Estrasburgo pontuou que o recorrente King foi condenado por apresentar uma declaração de imposto de forma inadequada, e não pela prática de uma infração devido a atos ou omissões em que ele havia se envolvido antes desse momento, como em Saunders<sup>297</sup>.

Em segundo lugar, a Corte registrou que King não foi processado por falhar em apresentar informações que o teria incriminado, mas, unicamente, pela irregular declaração de renda<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Cf. ponto n. 2, do tópico “The Law”, do caso King v. The United Kingdom. No original, “The right not to incriminate oneself presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. However, the right not to incriminate oneself is primarily, though not exclusively, concerned with respecting the will of an accused person to remain silent in the context of criminal proceedings and the use made of compulsorily obtained information in criminal prosecutions. As the applicant acknowledges, the right does not act as a prohibition on the use of compulsory powers to require taxpayers to provide information about their financial affairs. Indeed, the obligation to make disclosure of income and capital for the purposes of the calculation and assessment of tax is a common feature of the tax systems of member states and it would be difficult to envisage them functioning effectively without it.”

<sup>297</sup> No original, “In the applicant’s case, the information obtained was used in the penalty proceedings in the sense that he was penalised for making an inadequate tax return, either by wilful default or neglect. The information was not, however, used against him in the sense that it incriminated him in the commission of an offence due to acts or omissions in which he had been involved prior to that moment. His situation can thus be distinguished from that of the applicant in the case of Saunders v. the United Kingdom.” (Cf. ponto n. 2, do tópico “The Law”, do caso King v. The United Kingdom).

<sup>298</sup> Cf. ponto n. 3, do tópico “The Law”. No original, “In the present case the applicant was penalised for his failure to make an adequate tax return, not in respect of any other offence which the information he was obliged to give had revealed”.

Por fim, a Corte acrescentou que o privilégio contra a autoincriminação não pode ser interpretado como uma *imunidade geral* que protege ações motivadas pelo desejo de se evadir de investigações realizadas pelo fisco<sup>299</sup>.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, na essência, declarou que os poderes compulsórios são indispensáveis para o bom funcionamento do sistema tributário e que a coação não se destina a obrigar o acusado a declarar a respeito de qualquer crime pré-existente.

Parece, portanto, que o Tribunal de Estrasburgo, nos estágios iniciais da investigação, distingue os casos em que a coação para declarar envolve a descoberta de crime anterior – o que estaria no âmbito de proteção do privilégio contra a autoincriminação –, daqueles em que a coação envolve diretamente os fatos investigados (impostos, especificamente), o que não estaria dentro da esfera de proteção e, em consequência, tornaria legítima eventual repercussão no âmbito penal.

### 3.2. Quais provas estariam no âmbito de proteção do princípio *nemo tenetur se detegere*?

Podemos inferir que o âmbito de proteção do princípio *nemo tenetur se detegere* é peculiar e específico.

Como visto, durante o processo de aperfeiçoamento do princípio, a Corte Europeia destacou diversos valores, como a estreita relação com a presunção de inocência, a inserção do privilégio no conceito de julgamento justo (*fair trial*) e a contribuição do princípio para evitar equívocos da justiça.

A partir do caso Saunders, no entanto, o Tribunal de Estrasburgo, passou a ressaltar que:

*“O direito de não se incriminar preocupa-se primordialmente em respeitar a vontade do acusado de permanecer em silêncio. Tal como comumente entendido nos sistemas jurídicos dos Estados membros da Convenção e em outros locais, não se estende à utilização, em processos penais, de materiais que podem ser obtidos do acusado através do uso de poderes compulsórios,*

<sup>299</sup> No original, “The privilege against self-incrimination cannot be interpreted as giving a general immunity to actions motivated by the desire to evade investigation by the revenue authorities.” (cf. Cf. parágrafo 2, do subtópico The Law, do caso King versus United Kingdom). Neste ponto, a Corte seguiu o precedente firmado no julgamento Allen v. The United Kingdom, no. 76574/01, de 10 setembro de 2002.

*mas que possuem existência independente da vontade do suspeito, tais como, entre outras coisas, documentos adquiridos através de mandado, sopro, sangue e amostras de urina e tecido corporal para fins de exame de DNA.*<sup>300</sup>  
(tradução nossa)

Assim, no tocante às provas incriminatórias, talvez sob a influência dos ordenamentos processuais de diversos países europeus<sup>301</sup>, a Corte tem distinguido o fornecimento de provas *físicas* ou *materiais* da prestação de provas orais. Tal distinção guarda relação com o âmbito de proteção do princípio contra a autoincriminação: o princípio *nemo tenetur se detegere* incidiria somente na assistência do suspeito na colheita da prova oral, que não pode ser substituída pelo emprego direto de força. Daí porque, segundo essa lógica, permite-se que amostras corporais possam ser obtidas sem a cooperação do indivíduo, por meio do emprego de força – o que claramente difere de tentativas de forçar alguém a falar ou a entregar documentos.

A questão que se coloca é se esta distinção seria substancial ou seria uma mera tentativa pragmática para conter as possíveis implicações do direito a não se autoincriminar.

Somos da opinião que tal distinção não se justifica. Cremos que a violação do direito a não se autoincriminar não deve ser focada no fato da existência independente da vontade da pessoa acusada (*existence independent of the will of the suspect*, nas palavras da Corte), mas, ao revés, a violação deve focar-se no fato de a exigência para a produção da prova, seja oral ou física, operar como coação sobre a mente do sujeito.

### 3.3. Seria o princípio *nemo tenetur se detegere* um direito absoluto?

---

<sup>300</sup> Cf. parágrafo 69, do caso *Saunders versus United Kingdom*, por nós destacado. No original, “The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, **it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect** such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.” (destacamos)

<sup>301</sup> Na Alemanha, por exemplo, a *Strafprozeßordnung* (StPO), na seção 81, alíneas *a* a *h*, admite a realização de diversas provas contra a vontade do acusado. Assim, a coleta de sangue ou a realização de exames físicos “shall be admissible without the consent of the accused” (seção 81a); fotografias e impressões digitais do acusado “may be taken, even against his will” (seção 81b); de acordo com a seção 81c, “(1) Persons other than the accused, who might be considered called as witnesses, may be examined without their consent only insofar as establishing the truth involves ascertaining whether their body shows a particular trace or consequence of a criminal offence. (2) Examinations to ascertain descent and the taking of blood samples from persons other than the accused shall be admissible without such persons’ consent”; e assim por diante.

Já se discutiu se o *privilégio* poderia ser caracterizado como um direito absoluto ou relativo.

No julgamento do caso Saunders, a Corte entendeu não ser necessário decidir “*whether the right not to incriminate oneself is absolute or whether infringements of it may be justified in particular circumstances*”<sup>302</sup>.

Apesar disso, baseando-se nesta decisão, a resposta seria afirmativa: o privilégio seria um direito absoluto – pelo menos foi assim que os juízes Martens e Kuris interpretaram essa decisão em seus votos dissidentes<sup>303</sup>.

Um possível aspecto, que também retrata essa condição de absoluta, seria a resposta dada pela Corte ao argumento governamental de que a particular natureza dos *crimes de colarinho branco* demandaria uma abordagem diferenciada da questão. A respeito, a Corte foi enfática em considerar que

*“Não se aceita o argumento Governamental segundo o qual a complexidade da fraude corporativa, o interesse público vital na investigação e a punição dos responsáveis poderiam justificar o afastamento de um dos princípios básicos de um julgamento justo. Tal como a Comissão, consideramos que os requisitos gerais de justiça previstos no artigo 6, incluindo o direito de não se incriminar, se aplicam aos processos penais relativos a todos os tipos de infrações penais, sem distinção entre os mais simples e os mais complexos. O interesse público não pode ser invocado para justificar o uso de respostas compulsoriamente obtidas em uma investigação não-judicial para incriminar o acusado durante o processo.”*<sup>304</sup> (tradução nossa)

No entanto, o julgamento do caso John Murray *versus* The United Kingdom ofuscou tal visão.

O recorrente John foi encontrado pela polícia em uma residência na qual se encontrava uma pessoa sequestrada e feita refém pelo I.R.A. John foi encontrado descendo as escadas da casa no momento em que a polícia invadiu o local. O acusado optou por manter-se em silêncio durante todo seu julgamento.

<sup>302</sup> Cf. caso Saunders *versus* The United Kingdom, parágrafo 74.

<sup>303</sup> Os votos dissidentes criticaram o excesso de linguagem utilizado no julgamento, enfatizando que tal comportamento poderia transformar o privilégio em algo que não admitiria qualquer limitação.

<sup>304</sup> Cf. caso Saunders *versus* The United Kingdom, parágrafo 74. No original, “It does not accept the Government’s argument that the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could justify such a marked departure as that which occurred in the present case from one of the basic principles of a fair procedure. Like the Commission, it considers that the general requirements of fairness contained in Article 6 (art. 6), including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex. The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings”

Para a Comissão, a compulsão empregada no sentido de forçar a autoincriminação, para configurar um *juízo injusto*, dependeria das circunstâncias do caso como um todo.

A Corte, por sua vez, tratou a questão da seguinte forma:

*“(...) O que está em jogo, no presente caso, é saber se estas imunidades são absolutas, no sentido de que o exercício pelo acusado do direito ao silêncio não pode, em hipótese alguma, ser utilizado contra ele no julgamento; ou, alternativamente, se a informação prévia de que, sob certas condições, o seu silêncio poderá ser utilizado, deve ser sempre considerada como ‘compulsão imprópria’. De um lado, é evidente que é incompatível com as imunidades debatidas fundamentar uma condenação unicamente ou principalmente no silêncio do acusado, na recusa em responder às perguntas ou de depor pessoalmente. Por outro lado, a Corte considera igualmente óbvio que essas imunidades não podem e nem devem impedir que o silêncio do acusado, em situações que claramente exijam dele uma explicação, seja levado em conta na avaliação da persuasão das provas apresentadas pela acusação. Onde quer que se trace a linha entre estes dois extremos, decorre desta percepção de ‘direito ao silêncio’ que a questão em saber se é um direito absoluto deve ser respondida negativamente.”*<sup>305</sup> (tradução nossa)

Assim, a partir de então, a Corte Europeia passou a entender como *ilegítimo o silêncio do acusado*, nos casos que *claramente demandam uma explicação* por parte do suspeito, situação aferida a partir das provas apresentadas pela acusação.

Foi uma clara e enfática resposta de que o privilégio contra a autoincriminação, na visão da Corte Europeia, não é um direito absoluto, ponto de vista consolidado nos julgamentos posteriores<sup>306</sup>.

<sup>305</sup> Cf. parágrafos 46 e 47, do caso *John Murray versus The United Kingdom*, por nós destacado. No original, “(...) What is at stake in the present case is whether these immunities are absolute in the sense that the exercise by an accused of the right to silence cannot under any circumstances be used against him at trial or, alternatively, whether informing him in advance that, under certain conditions, his silence may be so used, is always to be regarded as ‘improper compulsion’. On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the Court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused’s silence, **in situations which clearly call for an explanation from him**, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution. Wherever the line between these two extremes is to be drawn, it follows from this understanding of ‘the right to silence’ **that the question whether the right is absolute must be answered in the negative.**” (destacamos)

<sup>306</sup> No caso *Averill versus The United Kingdom*, de 6 junho de 2000, restou decidido que “For the Court, *the presence of incriminating fibres in the applicant’s hair and clothing called for an explanation from him. His failure to provide an explanation when questioned by the police at Gough Barracks could, as a matter of common sense, allow the drawing of an adverse inference that he had no explanation and was guilty, all the more so since he did have daily access to his lawyer following the first twenty-four hours of his interrogation when he was again questioned about these matters under caution.* Moreover, the applicant did not contend at his trial that he remained silent on the strength of legal advice. His only explanation was that he did not cooperate with the Royal Ulster Constabulary for reasons of policy. This justification was considered and

Interessante registrar que a possibilidade de extrair inferências negativas resulta *da natureza das circunstâncias* e não do tipo ou gravidade do crime<sup>307</sup>.

Isso não significa que o privilégio não se aplica a certos casos ou que diferentes níveis de proteção se aplicam a diferentes tipos de criminalidade. A relatividade intrínseca do privilégio, no entender da Corte, é no sentido de que é impossível, *a priori*, traçar fronteiras nítidas<sup>308</sup>, posicionamento refletido nos julgamentos que serão abaixo analisados.

### 3.4. Existe um “direito a ser advertido”?

O direito de permanecer em silêncio e não se autoincriminar nem sempre é um direito conhecido do acusado.

Por conta disso, estaria agregado ao privilégio o *direito de ser advertido*?

A Corte Europeia já enfatizou que a autoridade policial tem o dever de formalmente advertir o suspeito sobre seu direito de permanecer em silêncio, antes mesmo do primeiro interrogatório, sob pena de rejeição do corriqueiro argumento de *renúncia*, apresentado pelos estados.

---

discounted by the trial judge and by the Court of Appeal. Quite apart from the consideration that the defence of policy sits ill with the fact that the applicant volunteered information to Sergeant Ford when stopped at the checkpoint soon after the Garvagh killings (see paragraph 11 above), it must also be noted that the applicant was fully apprised of the implications of remaining silent and was therefore aware of the risks which a policy-based defence could entail for him at his trial. 52. *For these reasons the Court concludes that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the adverse inferences drawn at the applicant's trial from his silence during police questioning.*” (destacamos)

<sup>307</sup> No caso *Telfner versus Austria*, de 20 de março de 2001, a Corte de Estrasburgo decidiu que as provas coligidas pela acusação eram insuficientes para exigir que o acusado apresentasse uma explicação sobre os fatos. De acordo com o julgamento: “18. In the present case, both the District Court and the Regional Court relied in essence on a report of the local police station that the applicant was the main user of the car and had not been home on the night of the accident. However, the Court cannot find that these elements of evidence, which were moreover not corroborated by evidence taken at the trial in an adversarial manner, constituted a case against the applicant which would have called for an explanation from his part. In this context, the Court notes, in particular, that the victim of the accident had not been able to identify the driver, nor even to say whether the driver had been male or female, and that the Regional Court, after supplementing the proceedings, found that the car in question was also used by the applicant's sister. In requiring the applicant to provide an explanation although they had not been able to establish a convincing *prima facie* case against him, the courts shifted the burden of proof from the prosecution to the defence. 19. In addition, the Court notes that both the District Court and the Regional Court speculated about the possibility of the applicant having been under the influence of alcohol which was, as they admitted themselves, not supported by any evidence. Although such speculation was not directly relevant to establishing the elements of the offence with which the applicant had been charged, it contributes to the impression that the courts had a preconceived view of the applicant's guilt.”

<sup>308</sup> Cf., a respeito, S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, p. 346.

No caso Aleksandr Zaichenko *versus* Rússia, a Corte “*considers that in the circumstances of the case it was incumbent on the police to inform the applicant of the privilege against self-incrimination and the right to remain silent.*”<sup>309</sup>

Tal afirmação não deixa dúvidas de que a informação constitui importante elemento do direito ao *juízo justo* e é indispensável para a realização do direito de permanecer em silêncio.

Em contraponto, parece que a jurisprudência da Corte Interamericana, malgrado também a exija, nem sempre considerou tal advertência de extrema relevância, pois já decidiu pela não violação num caso em que a vítima – recorrente –, foi “*exortada*” a dizer a verdade<sup>310</sup>.

#### **4. Refinamento, contenção ou recuo? Análise da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos após o caso Saunders**

Desde 1953, época em que a Convenção Europeia de Direitos Humanos entrou em vigor, um corpo substancial de normas tem definido o âmbito dos direitos individuais previstos no Tratado.

Em inúmeras decisões, a Corte Europeia de Direitos Humanos ponderou cuidadosamente os interesses governamentais e individuais, com o fim de obter uma estrutura equilibrada, que tenta assegurar e resguardar as liberdades individuais sem minar o exercício da autoridade governamental.

O reconhecimento e o desenvolvimento da jurisprudência sobre a autoincriminação pela Corte Europeia representam, em última análise, uma tentativa da Corte em integrar e claramente definir um conjunto de direitos humanos protegidos pela Convenção, embora ainda existam muitas incertezas a respeito do tema.

A Corte Europeia tem, aos poucos e sistematicamente, forjado o direito que permite aos indivíduos resistirem à compulsão estatal, evitando o fornecimento de informações autoincriminatórias. Ao mesmo tempo, como mencionado, a Corte tem

<sup>309</sup> Cf. parte final do parágrafo 52, do caso Aleksandr Zaichenko *versus* Rússia (destacamos).

<sup>310</sup> De acordo com o parágrafo 167 e seguintes, do caso Castillo Petruzzi y otros *versus* Perú, “La Corte consideró probado que durante la declaración instructiva ante el Juez Instructor Militar Especial se exhortó a los inculpados a decir la verdad. Sin embargo, no hay constancia de que esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad. (...) Por todo lo expuesto, la Corte considera que no fue probado en el presente proceso que el Estado violó el artículo 8.3 de la Convención.”



assentado que o privilégio contra a autoincriminação não é absoluto e que seu alcance dependerá de diversos fatores.

O foco das decisões da Corte Europeia, em suma, tem sido identificar circunstâncias que justificam o exercício do direito de permanecer em silêncio.

Com este escopo, lidam as decisões com questões envolvendo o tipo de pressão exercida pelos oficiais dos Estados, quais tipos de informações são efetivamente buscados e quais as consequências estabelecidas no âmbito doméstico, caso o acusado se recuse em fornecê-las. As respostas encontradas, nesta problemática, definem os contornos substanciais do direito de permanecer em silêncio e do processo em estabelecer limites às atuações dos agentes estatais na busca de informações potencialmente incriminatórias.

Trata-se, evidentemente, de uma abordagem pragmática<sup>311</sup>.

De qualquer forma, após a análise dos casos, foi possível organizar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em três blocos de situações envolvendo a conduta do acusado que decide permanecer em silêncio. São eles: a) obrigação de depor imposta pela lei, sob ameaça de sanção<sup>312</sup>; b) coerção, que pode ser tanto física quanto psíquica<sup>313</sup>, manifestada através de métodos intrusivos de investigação; e c) coerção exercida através do uso de técnicas de investigações secretas<sup>314</sup>. Sem embargo necessário enfatizar que, no tocante ao direito contra a autoincriminação, a jurisprudência de Estrasburgo é incerta e oscilante, o que dificulta a sistematização da matéria.

Por fim, identificamos um quarto bloco, mais específico, nas situações em que a parte postula a revisão de provas incriminatórias supostamente obtidas ilegalmente (gravação telefônica desautorizada, por exemplo)<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> Ao que nos parece, abordagem pragmática utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no desenvolvimento do privilégio contra a autoincriminação, à luz da Convenção Europeia, deixa a porta interpretativa por demais aberta: os julgamentos da Corte deixam transparecer um padrão muito flexível, no tocante ao que constitui a violação do artigo 6, não deixando qualquer garantia de que as premissas outrora assentadas continuarão em vigor.

<sup>312</sup> Caso *Saunders v. United Kingdom*, dentre outros.

<sup>313</sup> Casos *Jalloh v. Germany* e *Ashot Harutyunyan v. Armenia* (violência física); *Gäfgen v. Germany* (violência psíquica), dentre outros.

<sup>314</sup> Caso *Allan v. United Kingdom*, dentre outros.

<sup>315</sup> Informa-nos Gustavo Badaró que a doutrina pátria “tem empregado a distinção proposta por Ada Pellegrini Grinover que, com base em Nuvolone, considera que as provas contrárias à lei pertencem ao gênero das **provas ilegais**, que, por sua vez, se dividem em duas espécies: **provas ilegítimas** e **provas ilícitas**. As provas ilegítimas seriam aquelas produzidas com violação de normas processuais (p. ex.: oitiva de uma testemunha, sem dar às partes o direito de perguntas). As provas ilícitas são obtidas com a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (p. ex.: um ‘grampo telefônico ilegal’)”. Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Processo penal*, p. 283-284, negritos no original. Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, após expor que a prova será ilegal toda vez que violar normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material, defende que quando “a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius*, a fonte de prova será ilicitamente colhida)”.

Sobre este aspecto, debatido no caso *Schenk versus Switzerland*<sup>316</sup>, a Corte Europeia enfatiza que, como regra, a Convenção não autoriza o reexame da admissibilidade de provas<sup>317</sup>. Logo, de acordo com o acórdão, o Tribunal de Estrasburgo, teria somente o dever de fazer valer os compromissos assumidos pelos Estados Signatários da Convenção; não seria função da Corte lidar com erros de fato ou de direito cometidos por um tribunal nacional, salvo quando claramente violadores das liberdades protegidas na Convenção.

Além disso, a Corte rememora que o artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não estabelece quaisquer regras sobre a admissibilidade de provas – questão essa deixada para regulamentação no âmbito do direito dos Estados Contratantes.

No caso *Schenk* não houve o reconhecimento da violação ao julgamento justo, pois, além do respeito a todos os direitos oferecidos para a defesa, outras provas serviram para fundamentar a condenação do recorrente<sup>318</sup>.

Cf. A. P. GRINOVER, *Liberdades públicas...*, p. 98-99. O Supremo Tribunal Federal acolheu essa distinção no julgamento do *Habeas Corpus* n. 69.912-0/RS, Reator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16 de dezembro de 1993.

<sup>316</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57572#{"itemid":\["001-57572"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57572#{), acesso em 11 de setembro de 2015.

<sup>317</sup> Salvo em casos excepcionais, como aqueles em que a admissão de provas no âmbito doméstico ocorreu de maneira manifestamente arbitrária. A respeito, cf. caso *Osmanağaoğlu v. Turkey*, parágrafos 47 a 52.

<sup>318</sup> Cf. parágrafos 45 a 49 do caso *Schenk versus Switzerland*: “45. According to Article 19 (art. 19) of the Convention, the Court’s duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States in the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. 46. While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial as a whole was fair. 47. Like the Commission it notes first of all that the rights of the defence were not disregarded. The applicant was not unaware that the recording complained of was unlawful because it had not been ordered by the competent judge. He had the opportunity - which he took - of challenging its authenticity and opposing its use, having initially agreed that it should be heard (see paragraph 18 above). The fact that his attempts were unsuccessful makes no difference. Furthermore, at the outset of the judicial investigation Mr. Schenk sought and obtained an investigation of Mr. Pauty (see paragraph 16 above). Moreover, counsel for the applicant could have examined Mr. Pauty - who had been summoned as a witness - during the trial at the Rolle Criminal Court (see paragraph 22 above). Lastly, Mr. Schenk did not summon Inspector Messerli to appear, although he was in charge of the investigation and responsible for obtaining evidence under the letters rogatory executed in France at the request of the Swiss authorities (see paragraph 12 above). 48. The Court also attaches weight to the fact that the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based. The Rolle Criminal Court refused to declare the cassette inadmissible in evidence as it would have been sufficient to hear the evidence of Mr. Pauty as a witness in respect of the recording’s content (see paragraph 20 above). It also heard evidence from several other witnesses, who were subpoenaed by the court of its own motion - like Mrs. Schenk - or called at the request of the defence (see paragraph 22 above). It carefully stated in several passages of its judgment that it relied on evidence other than the recording but which corroborated the reasons based on the recording for concluding that Mr. Schenk was guilty. Of particular significance in this connection is the following passage: ‘The court’s view is founded partly on the recording of the telephone conversation of 26 June 1981. ... But there is also all the other evidence before the court: the unbelievably elaborate precautions taken by the defendant; the fact that for years the defendant had had to pay an allowance to his wife although her

#### 4.1. Obrigação de depor imposta pela lei, sob ameaça de sanção

Nem a Convenção Europeia de Direitos Humanos, nem a jurisprudência da Corte de Estrasburgo proíbem que os Estados signatários do tratado editem leis que imponham obrigações aos particulares.

A Corte Europeia entende serem lícitas eventuais multas impostas às testemunhas que se recusarem a depor, ainda que seus depoimentos possuam elementos autoincriminatórios.

No caso *Serves versus France*<sup>319</sup>, de 20 de outubro de 1997, o recorrente Serves teria sido intimado para depor como testemunha de um homicídio, depoimento este que poderia culminar com sua incriminação. Por conta disso, por três vezes se negou a prestar juramento, sendo-lhe imposta, também por três vezes, a penalidade de multa.

Na Corte, alegou que a imposição de multas implicava em pressão insuportável para declarar contra si mesmo.

No julgamento, o Tribunal de Estrasburgo ponderou que, malgrado a prestação do juramento seja um dever da testemunha e que as multas impostas por se recusar a fazê-lo impliquem um certo grau de coação, estas últimas são destinadas a assegurar que o depoente, perante o juiz, diga a verdade, e não para *forçá-lo* a depor. Não há que se falar, assim, em violação ao privilégio implicitamente reconhecido no artigo 6, da Convenção<sup>320</sup>.

---

misconduct, which the defendant was aware of but unable to prove, would probably have dictated a different assessment of the position; the fact that the agreement on ancillary matters was about to confirm that situation; the utter improbability of anyone's wanting to send a man who claimed to be a former member of the Foreign Legion and who lacked training, culture and ability to Haiti, and then to Switzerland, in order to obtain relatively innocuous information which was in any event of doubtful relevance for the purpose of the divorce proceedings; the fact that after the failure of the [HR] assignment and the assignment in Haiti - from where Pauty could at least have been expected to return with the information whether Josette Schenk had or had not had a house built - there was no reason to send Pauty to Switzerland, where he had no contacts; the fact that the defendant had spent more than 10,000 CHF to obtain (if his version of events is accepted) very innocuous information; and, finally, the fact that at no time has the defendant taken any steps to lodge a complaint of malicious accusation.' (See paragraph 26 above) It emerges clearly from this passage that the criminal court took account of a combination of evidential elements before reaching its opinion. 49. In conclusion, the use of the disputed recording in evidence did not deprive the applicant of a fair trial and therefore did not contravene Article 6 para. 1 (art. 6-1)."

<sup>319</sup> Para uma profunda análise do caso *Serves versus France*, de 20 de outubro de 1997, cf. J. L. B. de QUIROGA, *Tratado...*, p. 541 e seguintes.

<sup>320</sup> Nesse sentido, extrai-se da decisão que "No le corresponde a este Tribunal considerar si el Juez togado tenía obligación bajo el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de acusar al demandante. Su función es decidir si la multa impuesta al demandante de conformidad al artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal implicaba coerción hasta al punto de concluir que su derecho a no declarar contra sí mismo quedaba inoperativo. Es comprensible que el demandante temiese que parte de la información que estaría obligado a dar al juez togado fuese auto-incriminatoria. Es pues admisible que se negase a contestar cualquier pregunta del Juez que previsiblemente apuntase en esa dirección. Consta, en las declaraciones que el demandante firmó, que rehusó desde el inicio prestar juramento. El juramento es un acto solemne por el que la persona afectada se obliga ante el Juez Instructor a contar, en los términos del artículo 103 de la Ley

A jurisprudência de Estrasburgo também reputa válidas as determinações legais que impõem a obrigação de identificação junto à autoridade policial.

No caso *Vasileva versus Denmark*<sup>321</sup>, de 25 de dezembro de 2003, a Corte, após relembrar que a prisão é autorizada pela Convenção (alínea *b*, do parágrafo 1 do artigo 5)<sup>322</sup>, para *assegurar o cumprimento* de uma obrigação prescrita em lei, reconheceu que a possibilidade de perquirir a identidade dos cidadãos é uma característica fundamental para que a polícia possa desempenhar suas funções e, assim, assegurar a aplicação da lei. Acrescentou, ademais, ser legítima a possibilidade de ser multado, caso não atenda a obrigação de se identificar, independentemente de qualquer suspeita acerca do cometimento de um crime<sup>323</sup>.

A Corte Europeia, assim, manteve o posicionamento firmado no caso *Reyntjens versus Belgium*, de 9 de setembro de 1992, no qual reconheceu que a obrigação de portar um documento de identificação e de apresentá-lo à polícia quando lhe for solicitado não constitui, por si só, uma ingerência na vida privada de uma pessoa, na acepção do artigo 8 da Convenção.

Ainda, a jurisprudência da Corte ampara a obrigação de submeter-se à prisão, sem questionar a autoridade policial. No caso dos irmãos *Berliński versus Poland*<sup>324</sup>, de 20 de setembro de 2002, os requerentes, fisiculturistas, teriam resistido à prisão e agredido dois policiais, cessando os ataques somente quando ameaçados por um policial com arma de fogo.

---

de Enjuiciamiento Criminal ‘toda la verdad y nada más que la verdad’. Aunque es obligación del testigo prestar juramento y las multas impuestas por negarse a hacerlo implican cierto grado de coacción esta últimas están pensadas para asegurar que lo declarante ante el juez es verdad no para forzar a los testigos a declarar. En otras palabras, las multas impuestas al demandante no constituían una medida tal que le compeliere a declarar en contra de sí mismo pues se adoptan antes de que riesgo pudiese crearse. En consecuencia no ha habido violación del artículo 6.1”, *apud* J. L. B. de QUIROGA, *Tratado...*, p. 543-544.

<sup>321</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61309#{"itemid":\["001-61309"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61309#{), acesso em 15 de setembro de 2015.

<sup>322</sup> De acordo com o artigo 5, da Convenção Europeia, “1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: (...) b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;”

<sup>323</sup> Extraí-se dos parágrafos 36 e 39, parte final, da decisão proferida no caso *Vasileva versus Denmark* que a “detention is authorised under sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 only to ‘secure the fulfilment’ of the obligation prescribed by law. It follows that, at the very least, there must be an unfulfilled obligation incumbent on the person concerned and the arrest and detention must be for the purpose of securing its fulfilment and not punitive in character. As soon as the relevant obligation has been fulfilled, the basis for detention under Article 5 § 1 (b) ceases to exist. (...) The Court agrees that it is a fundamental condition for the police in order to carry out their tasks, and thus ensure law enforcement, that they can establish the identity of citizens. Moreover, it recalls the obligation at issue in the *Reyntjens* decision, cited above, as to ‘routine’ identity checks independent of any suspicion that the relevant person has committed a crime and that non-compliance of that obligation, as in the present case, could carry a fine.”

<sup>324</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60521#{"itemid":\["001-60521"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60521#{), acesso em 15 de setembro de 2015.

A Corte, anuindo ao julgamento proferido nas instâncias judiciárias polonesas, acrescentou que

*“(...) faltou, aos recorrentes, um juízo crítico sobre os seus próprios comportamentos, quando se depararam com uma simples obrigação de se submeter às exigências legítimas dos agentes responsáveis pela aplicação da lei - uma obrigação que integra o dever civil geral de uma sociedade democrática. Estas circunstâncias pesaram fortemente contra os recorrentes, pelo que o encargo governamental de provar que o uso da força não era excessivo, neste caso, é menos rigoroso.”*<sup>325</sup> (tradução nossa)

Em suma, a obrigação de identificação junto às autoridades policiais, a obrigação de se sujeitar à prisão e as multas impostas por ocasião da recusa em servir como testemunha, são vistas como deveres existentes dentro de uma sociedade democrática, e estão amparados pelo texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Embora tais imposições existam nos ordenamentos e sejam vistas como lícitas, a Corte Europeia reconhece a existência de limites. Como estabelecido no caso *Salabiaku versus France*, *“Sem dúvidas, a Convenção, em princípio, não proíbe estas presunções. No entanto, exige que os Estados contratantes permaneçam dentro de certos limites, no que diz respeito ao direito penal.”*<sup>326</sup> (tradução nossa)

Tais limites, entretanto, não são claros.

No contexto de tais obrigações, podemos afirmar, a partir do estudo dos julgados, que a jurisprudência da Corte concede uma margem invasiva maior quando a polícia atua com o limitado escopo de extrair de potenciais suspeitos determinadas informações.

Nesse sentido, no caso *O'Halloran and Francis versus The United Kingdom*<sup>327</sup>, de 29 de junho de 2007, a Corte rememorou que o código de trânsito do Reino Unido impõe uma obrigação específica sobre o proprietário de um automóvel, que é fornecer informações sobre o condutor do veículo em determinadas circunstâncias. No julgamento, a Corte ponderou que aqueles que optarem por manter e dirigir veículos automotores,

---

<sup>325</sup> Cf. parágrafo 62, parte final do caso *Berliński versus Poland*. No original, “(...) that the applicants lacked a critical judgment of their own conduct when faced with a simple obligation to submit to the legitimate requirements of the law enforcement officers - an obligation which is part of the general civil duty in a democratic society. These circumstances count heavily against the applicants, with the result that the Government's burden to prove that the use of force was not excessive in this case is less stringent.”

<sup>326</sup> Cf. parágrafo 28, do caso *Salabiaku versus France*. No original, “Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law.”

<sup>327</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81359#{"itemid":\["001-81359"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81359#{), acesso em 17 de setembro de 2015.

aceitam certas responsabilidades e obrigações previstas na legislação de trânsito. A Corte reconheceu, portanto, que os requerentes deviam respeito ao ordenamento do Reino Unido, que previa o dever de informar às autoridades a identidade do condutor, nos casos de suspeitas de prática de infrações de trânsito<sup>328</sup>.

De modo oposto, menor margem de atuação ocorrerá nos casos em que o acusado é obrigado a fornecer documentos de qualquer tipo, a interesse dos investigadores<sup>329</sup>. Nesse sentido a Corte Europeia foi enfática ao declarar que “*as características especiais do direito aduaneiro não podem justificar uma violação ao direito de qualquer pessoa ‘acusada de uma infração penal’, no sentido autônomo da expressão prevista no artigo 6, de permanecer em silêncio e não contribuir para incriminar-se.*”<sup>330</sup> (tradução nossa)

A natureza da infração e a gravidade da pena são outros fatores que influenciam a mencionada margem de atuação – e, conseqüentemente, seus limites.

Para a Corte Europeia, quanto menos graves os delitos e menores as penas aplicadas, mais compulsão será permitida<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> No parágrafo 57 do caso *O'Halloran and Francis versus The United Kingdom* a Corte decidiu que “The Court accepts that the compulsion was of a direct nature, as was the compulsion in other cases in which fines were threatened or imposed for failure to provide information. In the present case, the compulsion was imposed in the context of section 172 of the Road Traffic Act, which imposes a specific duty on the registered keeper of a vehicle to give information about the driver of the vehicle in certain circumstances. The Court notes that, although both the compulsion and the underlying offences were ‘criminal’ in nature, the compulsion flowed from the fact, as Lord Bingham expressed it in the Privy Council in the case of *Brown v. Stott* (see paragraph 31 above), that ‘[a]ll who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. This regime is imposed not because owning or driving cars is a privilege or indulgence granted by the State but because the possession and use of cars (like, for example, shotguns ...) are recognised to have the potential to cause grave injury’. Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion.”

<sup>329</sup> Cf. caso *Funke versus France*, que apreciou a compatibilidade do artigo 65-1, do *Customs Code* Francês (“Customs officers with the rank of at least inspector [inspecteur or officier] and those performing the duties of collector may require production of papers and documents of any kind relating to operations of interest to their department; [I] ... in general, on the premises of any natural or legal person directly or indirectly concerned in lawful or unlawful operations falling within the jurisdiction of the Customs Service”) com a Convenção Europeia. Cf. parágrafos 30-31 do caso *Funke*.

<sup>330</sup> Cf. parágrafo 44, parte final, do caso *Funke versus France*. No original, “special features of customs law cannot justify such an infringement of the right of anyone ‘charged with a criminal offence’, within the autonomous meaning of this expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself.”

<sup>331</sup> Ainda de acordo com o caso *O'Halloran and Francis versus The United Kingdom* “A further aspect of the compulsion applied in the present cases is the limited nature of the inquiry which the police were authorised to undertake. Section 172(2)(a) applies only where the driver of the vehicle is alleged to have committed a relevant offence, and authorises the police to require information only ‘as to the identity of the driver’. The information is thus markedly more restricted than in previous cases, in which applicants have been subjected to statutory powers requiring production of ‘papers and documents of any kind relating to operations of interest to [the] department’ (see *Funke*, cited above, § 30), or of ‘documents, etc., which might be relevant

Ao revés, no tocante às infrações mais graves e com penas mais severas, embora a Corte Europeia reconheça como válida a existência de uma obrigação em testemunhar<sup>332</sup>, as autoridades, tanto a policial como a judiciária, não devem, como regra<sup>333</sup>, esperar que o acusado colabore<sup>334</sup>.

O fato é que a jurisprudência da Corte Europeia, no que concerne à possibilidade de empregar maior compulsão quando o crime cometido for de menor gravidade (como o caso O'Halloran and Francis que versava sobre infrações de trânsito), é criticável e de difícil compreensão/justificativa. É que as várias noções de interesse público vêm à tona. A justificativa empregada no caso O'Halloran and Francis, por exemplo, foi nada mais que garantir a segurança pública prevenindo o excesso de velocidade. Ocorre que, em casos pretéritos que também versaram sobre infrações de trânsito, similar inversão não foi admitida<sup>335</sup>.

---

for the assessment of taxes' (see J.B. v. Switzerland, cited above, § 39). In Heaney and McGuinness the applicants were required to give a 'full account of [their] movements and actions during any specified period' (cited above, § 24), and in Shannon, information could be sought (with only a limited legal professional privilege restriction) on any matter which appeared to the investigator to relate to the investigation (see reference at § 23 of Shannon, cited above). The information requested of the applicant in Weh was limited, as in the present case, to 'information as to who had driven a certain motor vehicle ... at a certain time ...' (see Weh, cited above, § 24). **The Court found no violation of Article 6 in that case on the ground that no proceedings were pending or anticipated against him. It noted that the requirement to state a simple fact – who had been the driver of the car – was not in itself incriminating (ibid., §§ 53-54).** Further, as Lord Bingham noted in Brown v. Stott (paragraph 31 above), section 172 does not sanction prolonged questioning about facts alleged to give rise to criminal offences, and the penalty for declining to answer is 'moderate and non-custodial'. Cf. parágrafo 58, por nós destacado.

<sup>332</sup> Cf. parágrafos 43 a 47, do caso *Serves versus France*.

<sup>333</sup> Ver o excepcional caso *O'Halloran and Francis*, no qual infrações leves estavam envolvidas.

<sup>334</sup> Cf. parágrafos 32 a 41, do caso *Shannon versus The United Kingdom*. O parágrafo 41, do caso *Shannon* é claro no sentido de que "41. The Court concludes that the requirement for the applicant to attend an interview with financial investigators and to be compelled to answer questions in connection with events in respect of which he had already been charged with offences was not compatible with his right not to incriminate himself. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention."

<sup>335</sup> Cf. caso *Telfner versus Austria*, parágrafos 15 a 20. Muito interessante as observações constantes nos parágrafos 18 a 20: "18. In the present case, both the District Court and the Regional Court relied in essence on a report of the local police station that the applicant was the main user of the car and had not been home on the night of the accident. However, the Court cannot find that these elements of evidence, which were moreover not corroborated by evidence taken at the trial in an adversarial manner, constituted a case against the applicant which would have called for an explanation from his part. In this context, the Court notes, in particular, that the victim of the accident had not been able to identify the driver, nor even to say whether the driver had been male or female, and that the Regional Court, after supplementing the proceedings, found that the car in question was also used by the applicant's sister. In requiring the applicant to provide an explanation although they had not been able to establish a convincing prima facie case against him, the courts shifted the burden of proof from the prosecution to the defence. 19. In addition, the Court notes that both the District Court and the Regional Court speculated about the possibility of the applicant having been under the influence of alcohol which was, as they admitted themselves, not supported by any evidence. Although such speculation was not directly relevant to establishing the elements of the offence with which the applicant had been charged, **it contributes to the impression that the courts had a preconceived view of the applicant's guilt.** 20. In conclusion, the Court finds that there has been a violation of Article 6 § 2 of the Convention" (destacamos).

Trata-se claramente de uma situação em que o ônus probatório da acusação é invertido<sup>336</sup>, desnaturando a proteção concedida pelo princípio *nemo tenetur se detegere*.

Apesar de todas essas concessões (e diante do fato de que tais obrigações ocorrem notadamente no campo investigativo), merece registro o fato de a Corte Europeia reconhecer a indispensabilidade de um advogado, ainda nos estágios iniciais da etapa persecutória. Assim, restrições vedando o acesso a um advogado nos estágios iniciais da persecução penal (imediatamente após a prisão, por exemplo), podem resultar na violação do artigo 6, parágrafos 1 e 3, alínea *c*, da Convenção Europeia, ante a possibilidade de condenação de um acusado não representado<sup>337</sup>.

## **4.2. Emprego de coerção física e/ou psíquica: os métodos intrusivos de investigação**

### **4.2.1. Coerção física**

Conforme assentado pelo Tribunal de Estrasburgo, o direito de não se autoincriminar pressupõe que a acusação, no âmbito criminal, comprove suas alegações contra o acusado sem se valer de provas obtidas mediante coerção, ou contrárias à vontade do acusado<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> A Corte também admitiu a inversão do ônus da prova, nas ações reais, exigindo do acusado a prova legítima da propriedade, no contexto de uma condenação por tráfico de drogas, sob pena de perdimento do bem. Sob o assunto, cf. caso *Phillips versus The United Kingdom*, parágrafos 40 a 47.

<sup>337</sup> Cf. *John Murray versus The United Kingdom*, parágrafos 44 a 58 e 62 a 70, merecendo realce o seguinte trecho: “66. The Court is of the opinion that the scheme contained in the Order is such that it is of paramount importance for the rights of the defence that an accused has access to a lawyer at the initial stages of police interrogation. It observes in this context that, under the Order, at the beginning of police interrogation, an accused is confronted with a fundamental dilemma relating to his defence. If he chooses to remain silent, adverse inferences may be drawn against him in accordance with the provisions of the Order. On the other hand, if the accused opts to break his silence during the course of interrogation, he runs the risk of prejudicing his defence without necessarily removing the possibility of inferences being drawn against him. Under such conditions the concept of fairness enshrined in Article 6 (art. 6) requires that the accused has the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. To deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defence may well be irretrievably prejudiced, is - whatever the justification for such denial - incompatible with the rights of the accused under Article 6 (art. 6).”

<sup>338</sup> Cf. *Saunders versus United Kingdom*, parágrafos 67 a 76.



A Corte Europeia de Direitos Humanos, posteriormente, acrescentou que a existência de provas não essenciais ou decisivas para o julgamento da causa não devem ser admitidas, quando implicarem em violação ao artigo 3<sup>339</sup>, da Convenção<sup>340</sup>.

À exceção das provas obtidas mediante tortura (em que a Corte geralmente apresenta uma abordagem rigorosa quanto à admissão), a jurisprudência não indica uma diferença substancial entre o grau de proteção quando a compulsão é resultado de obrigações impostas pela lei, dos casos em que a coação resulta de meios intrusivos de investigação<sup>341</sup>.

Comportamentos intrusivos praticados pelas autoridades não necessariamente violam o privilégio contra a autoincriminação, bastando que exista previsão legal e inexista

---

<sup>339</sup> Dispõe o artigo 3º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “PROIBIÇÃO DA TORTURA - Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

<sup>340</sup> No caso *Levința versus Moldova*, de 16 de março de 2009, a Corte Europeia decidiu que “(...) 101. The Court refers to its finding that the applicants were ill-treated on 4 November 2000 (see paragraphs 71 and 92 above) with the purpose of extracting confessions from them and that that ill-treatment amounted to torture. In view of its findings below, the Court considers that it is not necessary to examine the applicants’ submission that they were subjected to further ill-treatment in the period between 4 and 8 November 2000, submissions which they could not substantiate due to the absence of a proper investigation into these allegations (see paragraph 92 above). 102. The Court has found that, following their ill-treatment on 4 November 2000 and after proof thereof was obtained on 5 November 2000, the authorities knowingly left the applicants under the full control of those who had ill-treated them. It has found that that in itself amounted to a continuation of ill-treatment in breach of Article 3 (see paragraphs 71-75 above). 103. The applicants made a number of self-incriminating statements on 7 and 8 November 2000, in which they fully recognised their guilt in having committed the crimes with which they were charged. The Court refers to its finding (see paragraph 73 above) that they did not have any contact with their lawyers in the period of 4-8 November 2000 and that they made their initial statements without benefiting from legal advice. 104. The Court considers that the statements obtained from the applicants in such circumstances, following their torture and while being deprived of any support from their lawyers (aside from their intervention on 4 November 2000) and faced with a total lack of reaction by the authorities to their lawyers’ complaints (see paragraph 83 above), fall within the category of statements which should never be admissible in criminal proceedings since use of such evidence would make such proceedings unfair as a whole, regardless of whether the courts also relied on other evidence (see paragraph 100 above). 105. Since the applicants in the present case have been subjected to torture, the Court considers it unnecessary to determine the extent to which the domestic courts relied on evidence obtained as a result and whether such evidence had been determinant to the applicants’ conviction. The mere fact that the domestic courts actually relied on evidence obtained as a result of torture rendered the entire trial unfair. 106. In such circumstances, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention”.

<sup>341</sup> Conforme parágrafo 54, do caso *O’Halloran e Francis versus the United Kingdom*, “The applicants maintained that the Jalloh case was distinguishable from the present in that it concerned not the obtaining by compulsion of incriminatory statements but rather the use of ‘real’ evidence of the kind indicated in *Saunders* such as breath, blood and urine samples and thus was an exception to the general rule laid down in that judgment. The Court accepts that the factual circumstances of *Jalloh* were very different from the present case. *It is nevertheless unpersuaded by the applicants’ argument*. Even if a clear distinction could be drawn in every case between the use of compulsion to obtain incriminatory statements on the one hand and ‘real’ evidence of an incriminatory nature on the other, the Court observes that the *Jalloh* case was not treated as one falling within the ‘real’ evidence exception in *Saunders*; on the contrary, the Court held that the case was to be treated as one of self-incrimination according to the broader meaning given to that term in *Funke* and *J.B. v. Switzerland* to encompass cases in which coercion to hand over incriminatory evidence was in issue (see *Jalloh*, cited above, §§ 113-16)”.

má-fé dos agentes envolvidos, e desde que os atos em questão não impliquem em atos de tortura, que constitui uma severa forma de violação do artigo 3, da Convenção.

Referido posicionamento pode ser deduzido, *a contrario sensu*, a partir da análise do importante julgamento do caso Jalloh *versus* Germany, de 11 de julho de 2006.

Segundo consta, em 29 outubro de 1993, quatro policiais à paisana notaram que, em pelo menos duas ocasiões diferentes, o acusado carregava em sua boca uma pequena sacola de plástico (conhecida como *bolha*) e entregava essa sacola para outra pessoa em troca de dinheiro.

Acreditando que esses sacos plásticos continham drogas, os policiais à paisana deram voz de prisão ao acusado, que imediatamente engoliu uma outra bolha que mantinha na boca.

Em busca pessoal, nenhuma substância entorpecente foi encontrada com o acusado. No entanto, diante das circunstâncias e com fundamento no Código de Processo Penal Alemão, o Ministério Público ordenou que eméticos fossem ministrados ao acusado por um médico, a fim de provocar a regurgitação da sacola.

O recorrente Jalloh foi levado para um hospital em Wuppertal-Elberfeld. Segundo o Governo Alemão, o médico que o atendeu efetuou uma completa anamnese do paciente, o que restou negado pelo acusado, que afirmou não ter sido questionado pelo médico.

Como o recorrente se recusou a tomar a medicação necessária para provocar vômitos, quatro policiais o imobilizaram. O médico, em seguida, à força, teria ministrado uma solução a base de sal e o xarope, através de uma sonda introduzida no nariz até o estômago. Além disso, o médico teria injetado apomorfina, que é um outro emético derivado de morfina.

Como resultado, o requerente regurgitou a sacola, que continha 0,2182 gramas de cocaína.

Cerca de uma hora e meia depois de ser preso e levado para o hospital, o recorrente foi examinado por um médico e declarado apto para ser levado à detenção.

Duas horas depois do atendimento médico, o recorrente, que não falava alemão, disse em “*broken english*” que estava cansado demais para fazer qualquer declaração sobre a alegada acusação.

O recorrente sustentou que, por três dias seguidos, (após o tratamento a que ele foi submetido), foi capaz somente de tomar sopa; além disso, afirmou que seu nariz

sangrou repetidamente durante duas semanas por causa das feridas causadas com a inserção da sonda.

Dois meses e meio após a administração dos eméticos, o requerente foi submetido a uma endoscopia digestiva, depois de se queixar de dor contínua na região superior do estômago. Foi diagnosticado como sofrendo de irritação na área inferior do esôfago causada pelo refluxo do ácido gástrico. O relatório médico, no entanto, não associou expressamente esta condição com a administração forçada dos eméticos.

O recorrente foi posto em liberdade em 23 de março de 1994. Alegou que teve que passar por tratamento médico adicional para aliviar os problemas de estômago que tinha sofrido como resultado da administração forçada dos eméticos, não apresentando nenhum documento para confirmar que havia recebido qualquer tratamento médico. O governo alemão, por sua vez, confirmou que o requerente efetivamente não recebeu qualquer tratamento médico.

Nos parágrafos 93 a 102, do caso Jalloh, a Corte rememorou os princípios até então estabelecidos pela sua jurisprudência, aplicáveis ao caso.

Em primeiro lugar, repetiu não ser função da Corte analisar regras de admissibilidade de provas no âmbito interno; tais questões devem ser resolvidas sob a legislação do Estado signatário da Convenção<sup>342</sup>.

Consignou, também, que o interesse público não pode justificar medidas que minem os direitos do acusado, incluindo o privilégio contra a autoincriminação<sup>343</sup>.

No que toca ao direito a não se autoincriminar, rememorou seu reconhecimento internacional, no seio da noção de julgamento justo (*fair trial*), previsto no artigo 6, da Convenção, servindo como proteção em favor do acusado contra métodos impróprios de compulsão por parte das autoridades, o que contribui para evitar equívocos da justiça. Esse direito, como lembrado, pressupõe que a acusação, numa demanda criminal, procure

---

<sup>342</sup> Cf. casos Schenk *versus* Suíça, parágrafos 45-46; e Teixeira de Castro *versus* Portugal, parágrafo 34. Em linhas gerais, a Corte entende que não é seu papel determinar se alguns tipos de provas – colhidas ilegalmente, por exemplo –, devem ser admitidas ou não. A pergunta que deve ser respondida é se o processo como um todo, incluindo a maneira em que as provas foram obtidas, foi justa. Isto implica na análise da *ilegalidade* como um todo: deve-se analisar se os direitos de defesa foram respeitados; se ao acusado foi oferecida a oportunidade de, no pla no nacional, contestar a autenticidade da prova; e, ainda, deve-se analisar se a as circunstâncias em que a prova foi obtida eram seguras ou fidedignas; pois de acordo com o posicionamento firmado nos casos Khan (parágrafos 35 e 37), e Allan (parágrafo 43), “*While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker.*”

<sup>343</sup> Conforme assentado nos parágrafos 57-58, do caso Heaney e McGuinness *versus* Irlanda.

comprovar suas alegações contra o suspeito, sem se valer de métodos coativos que desafiem a determinação, escolha ou vontade do acusado<sup>344</sup>.

Esses métodos, no entanto, limitam-se em respeitar a vontade do acusado de permanecer em silêncio, não se estendendo à utilização de materiais obtidos de forma coativa, desde que possuam existência independente da vontade do suspeito, como, documentos adquiridos através de mandado, sopro, sangue e amostras de urina e tecido corporal para fins de exame de DNA<sup>345</sup>.

Após rememorar as bases teóricas acima apontadas, a Corte de Estrasburgo passou a analisar a violação do direito a não se autoincriminar.

Antes, porém, destacou que o emprego de eméticos, no âmbito doméstico, não era ilegal, em vista do disposto no artigo 81a, do Código de Processo Penal Alemão (doravante *Strafprozeßordnung*, StPO), que permite a utilização da medida então impugnada.

Pontuou, no entanto, que a forma com que esses eméticos foram aplicados no acusado, para forçá-lo a vomitar as drogas engolidas, assumiu a feição degradante e desumana, tratamentos contrários ao artigo 3, da Convenção.

Interessante registrar que a Corte Europeia, no julgamento do caso Jalloh, *graduou os atos coativos* que cabem dentro do artigo 3 da Convenção: assim,

*“as provas incriminatórias - quer sob a forma de confissões ou real evidence<sup>346</sup> - obtidas através de atos de violência, brutalidade ou de outras formas de tratamento **que possam ser qualificados como tortura** - nunca devem ser invocadas como prova da culpabilidade da vítima, independentemente de seu valor probatório.”<sup>347</sup> (tradução nossa)*

No caso, rememoremos que a Corte concluiu que o acusado não foi propriamente vítima de tortura, mas, sim, de algo em tese menor. Por isso, o enfoque recaiu no uso de provas obtidas através de atos qualificados como desumanos e degradantes e sua relação com a injustiça do julgamento. Adiantamos que a Corte concluiu

<sup>344</sup> Cf. Saunders, parágrafo 68; Heaney e McGuinness, parágrafo 40; J.B. parágrafo 64; e Allan, parágrafo 44.

<sup>345</sup> Neste aspecto, a Corte Europeia acompanhou os seguintes precedentes: Saunders, parágrafo 69; J.B. parágrafo 68; e P.G. e J.H. parágrafo 80.

<sup>346</sup> *Real evidence* é qualquer objeto físico ou material destinado a provar um fato em questão, com base nas características físicas demonstráveis do objeto. Para um abrangente estudo acerca do assunto, cf. S. L. PHIPSON, "Real" Evidence. The Yale Law Journal 29, no. 7 (1920): 705-17.

<sup>347</sup> Cf. parágrafo 105, do caso Jalloh *versus* Germany (destacamos). No original, "(...) incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture – should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value."

que a administração forçada de eméticos para a obtenção da droga foi totalmente injusto e violador do artigo 3 da Convenção<sup>348</sup>.

Embora tal evento, por si só, já seria suficiente para concluir pela violação do direito ao *fair trial* como um todo, previsto no artigo 6, da Convenção, a Corte optou por enfrentar a tese do recorrente, de que a forma como a prova foi colhida e utilizada prejudicou seu direito de não se incriminar.

A Corte procedeu à análise sob dois enfoques: se seria aplicável ao caso o princípio contra a autoincriminação e, em caso positivo, se houve violação do direito a não se incriminar.

O primeiro ponto (se seria aplicável ao caso o princípio *nemo tenetur*) se mostrou necessário diante da até então atual concepção de que

*“o privilégio contra a autoincriminação, como comumente entendido nos Estados contratantes e em outros locais, preocupa-se primordialmente em respeitar a vontade do acusado de permanecer em silêncio no interrogatório e não ser obrigado a declarar.”*<sup>349</sup> (tradução nossa)

No caso, como citado acima, a jurisprudência da Corte já havia alargado a proteção do princípio *nemo tenetur* para as hipóteses de coerção para a obtenção de provas *físicas/materiais*. Foi o que ocorreu nos casos *Funke versus France* e *J.B. versus Switzerland*, que versavam sobre apresentação de documentos. Apesar disso, o Tribunal de Estrasburgo lembrou o caso *Saunders*, no qual restou assentado que a proteção do privilégio contra a autoincriminação não alcançaria elementos de prova que poderiam ser coercitivamente obtidos do acusado independentemente de sua vontade, como urina, amostras de tecidos, sangue, fio de cabelo, etc.

---

<sup>348</sup> Para tanto, a Corte apresentou a seguinte fundamentação: “The Court notes that, even if it was not the intention of the authorities to inflict pain and suffering on the applicant, the evidence was obtained by a measure which breached one of the core rights guaranteed by the Convention. Furthermore, it was common ground between the parties that the drugs obtained by the impugned measure were the decisive element in securing the applicant’s conviction. It is true that, as was equally uncontested, the applicant was given the opportunity, which he took, of challenging the use of the drugs obtained by the impugned measure. However, any discretion on the part of the national courts to exclude that evidence could not come into play as they considered the administration of emetics to be authorised by domestic law. Moreover, the public interest in securing the applicant’s conviction cannot be considered to have been of such weight as to warrant allowing that evidence to be used at the trial. As noted above, the measure targeted a street dealer selling drugs on a relatively small scale who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation.” Cf. parágrafo 107, do caso *Jalloh versus Germany*.

<sup>349</sup> Cf. parágrafo 110, do caso *Jalloh versus Germany*. No original, “the privilege against self-incrimination is commonly understood in the Contracting States and elsewhere to be primarily concerned with respecting the will of the defendant to remain silent in the face of questioning and not to be compelled to provide a statement”. O contraponto aqui seria as provas físicas ou materiais (“*real evidence*”) em oposição à confissão.

No caso Jalloh, a Corte considerou que as drogas escondidas no estômago do acusado até poderiam ser enquadradas na categoria de elementos existentes independentemente da vontade do acusado. Mas, não era o caso, pois existiam diversos elementos que distinguiam o caso Jalloh do caso Saunders. Assim,

*“Em primeiro lugar, como as medidas impugnadas nos casos Funke e J.B. v. Suíça, a administração de eméticos foi utilizada para obter provas reais, contrárias à vontade do acusado. De modo oposto, o material real elencado em Saunders referia-se a materiais obtidos por coerção destinados à perícia forense, cujo objetivo é detectar, por exemplo, a presença de álcool ou drogas. Em segundo lugar, o grau de força utilizado no caso em apreço difere significativamente do grau de coação normalmente exigido para obter os tipos de materiais referidos no caso Saunders. Para obter esses materiais, ao réu é solicitado suportar passivamente uma pequena interferência em sua integridade física (por exemplo, quando sangue, amostras de cabelo ou tecido corporal são tomados). Mesmo que seja necessária a participação ativa do acusado, observa-se, a partir do caso Saunders, que se trata de materiais produzidos pelo funcionamento normal do corpo (como, por exemplo, sopro, urina ou amostras de voz). Em contrapartida, o constrangimento imposto ao recorrente no presente caso, de regurgitar as provas, requereu a introdução forçada de um tubo pelo nariz e a administração de uma substância de modo a provocar uma reação patológica no seu corpo. Como anteriormente mencionado, este procedimento não estava isento de riscos para a saúde do requerente.*

*Em terceiro lugar, as provas do presente processo foram obtidas através de um procedimento que violou o artigo 3. O procedimento utilizado no processo do recorrente contrasta de forma marcante com os procedimentos destinados a obter, por exemplo, um exame respiratório ou uma amostra de sangue. Os procedimentos deste último tipo não podem, salvo circunstâncias excepcionais, atingir um nível mínimo de gravidade, para não contrariar o disposto no artigo 3. Além disso, embora constituam uma ingerência no direito do suspeito ao respeito à vida privada, estes procedimentos são, em geral, justificados pelo parágrafo 2, do artigo 8, como sendo necessários para a prevenção de infrações penais.”<sup>350</sup> (tradução nossa)*

---

<sup>350</sup> Cf. parágrafos 113 – 115, do caso Jalloh *versus* Germany (destacamos). No original, “Firstly, as with the impugned measures in Funke and J.B. v. Switzerland, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant’s will. Conversely, the bodily material listed in Saunders concerned material obtained by coercion for forensic examination with a view to detecting, for example, the presence of alcohol or drugs. Secondly, the degree of force used in the present case differs significantly from the degree of compulsion normally required to obtain the types of material referred to in the Saunders case. To obtain such material, a defendant is requested to endure passively a minor interference with his physical integrity (for example when blood or hair samples or bodily tissue are taken). Even if the defendant’s active participation is required, it can be seen from Saunders that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples). In contrast, compelling the applicant in the instant case to regurgitate the evidence sought required the forcible introduction of a tube through his nose and the administration of a substance so as to provoke a pathological reaction in his body. As noted earlier, this procedure was not without risk to the applicant’s health. Thirdly, the evidence in the present case was obtained by means of a procedure which violated Article 3. The procedure used in the applicant’s case is in striking contrast to procedures for obtaining, for example, a breath test or a blood

Por tais diferenças, tidas como relevantes, a Corte entendeu que o princípio contra a autoincriminação era, portanto, aplicável ao caso.

Passou, assim, ao exame do segundo elemento (se houve violação do direito a não se incriminar).

Este exame foi realizado sob quatro enfoques: a) a natureza e o grau de compulsão utilizados para obter a prova; b) o influência do interesse público na investigação e na punição da infração em questão; c) a existência de garantias processuais durante a colheita da prova; e, d) o valor atribuído ao material obtido<sup>351</sup>.

No que toca à primeira hipótese, referente à natureza e o grau de coerção empregado para a colheita da prova, o Tribunal de Estrasburgo considerou que forçar o acusado a vomitar as drogas interferiu gravemente na sua integridade física e mental, já que foi imobilizado por quatro policiais, teve uma sonda inserida pelo nariz até o estômago e foi-lhe aplicado substâncias químicas, tudo para forçá-lo a entregar a droga, através das reações patológicas do próprio organismo. Embora tal tratamento, *per se*, não se enquadrava no conceito de tortura, foi considerado como inumano e degradante, e, assim, violador do artigo 3, da Convenção Europeia.

Com relação à segunda hipótese, a Corte pontuou que o interesse público em garantir a condenação do recorrente não poderia justificar o recurso a tão grave interferência, uma vez que se tratava de um comerciante de rua que estava oferecendo drogas para venda em uma escala relativamente pequena e que acabou por ser condenado a uma pena de prisão seis meses que restou suspensa, sendo-lhe concedida liberdade condicional.

No que diz respeito à existência de garantias processuais diante da colheita da prova, a Corte apontou que, malgrado a existência de garantias previstas no Código de Processo Penal Alemão, o acusado manifestou seu desejo de permanecer em silêncio, recusando-se a se submeter aos exames. O fato de não se comunicar corretamente agravou a situação, pois, para a Corte, o acusado submeteu-se ao procedimento sem um exame completo da sua aptidão física para suportá-lo.

---

sample. Procedures of the latter kind do not, unless in exceptional circumstances, attain the minimum level of severity to contravene Article 3. Moreover, though constituting an interference with the suspect's right to respect for private life, these procedures are, in general, justified under Article 8 § 2 as being necessary for the prevention of criminal offences."

<sup>351</sup> De acordo com o parágrafo 117, do caso *Jalloh versus Germany*, "In order to determine whether the applicant's right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put."

Por fim, adentrando na quarta hipótese, o Tribunal de Estrasburgo avaliou que a droga obtida através da administração de eméticos foi decisiva na condenação pelo crime de tráfico. Embora oportunizado ao acusado a possibilidade de contestar essa prova no judiciário alemão, as cortes nacionais não a excluíram, ao fundamento de que o impugnado tratamento estaria autorizado pelo direito interno.

Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a utilização de provas obtidas através da administração forçada de eméticos violou o direito de não incriminar a si mesmo, o que rendeu um julgamento totalmente injusto<sup>352</sup>.

No caso Jalloh, a Corte Europeia de Direitos Humanos reafirmou que o privilégio contra a autoincriminação autoriza um certo grau de coação física para extrair materiais, bastando que tais provas existam independentemente da vontade do acusado (como o sopro, urina, amostras de voz, fios de cabelo ou amostras de tecido para a realização de exames de DNA). No entanto, destacou, como limite, que a compulsão empregada no âmbito da coação física não pode ser incisiva a ponto de extrair confissão, a obrigar a produção de provas documentais, tampouco extrair provas materiais pela intrusão suficientemente grave, que comprometa a autonomia física do acusado<sup>353</sup>.

No mais, é possível afirmar que a compulsão empregada para a produção de provas contra a vontade do acusado somente será compatível com a noção de julgamento justo se os ordenamentos dos Estados signatários da Convenção Europeia regulamentarem, por lei, a necessidade e o procedimento médico indispensável durante a realização do ato<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> A questão da tortura (artigo 3, da Convenção Europeia) e a consequente violação do julgamento justo, também foram enfrentadas em outro caso interessante: Em Gladyshev v. Rússia, o acusado teria sido pego e multado por estar dirigindo embriagado. Na manhã seguinte, policiais vieram na casa do acusado e o conduziram para o prédio da delegacia. Lá chegando, diversos policiais obrigaram o acusado a confessar o assassinato do policial que o abordou e multou no dia anterior. Diante da recusa, o acusado passou a ser agredido e confessou o homicídio. O acusado recorreu para a Corte de Estrasburgo alegando a violação da Convenção pela prática de tortura; violação ao direito de não se autoincriminar; e a violação do julgamento justo pelo uso da confissão obtida como resultado de coerção. Foi juntado laudo médico concluindo que *“that three of the applicant’s ribs had been broken, that the injuries were caused by ‘a blunt firm object with a narrow surface, possibly (...) fists or kicks with a booted foot’”*. O Tribunal Russo, malgrado tenha reconhecido a existência lesões, considerou que a confissão ocorreu sem que qualquer pressão física ou mental por parte dos agentes policiais. A Corte Europeia concluiu, a despeito do tratamento dado pelo tribunal local – que não teria apreciado corretamente o acervo probatório –, pela existência de tortura e, em consequência, declarou a violação reflexa do artigo 6, 1, da Convenção. Entretanto, no que toca especificamente ao privilégio contra a autoincriminação, a Corte decidiu que *“in view of this conclusion, the Court does not consider it necessary to examine separately the applicant’s argument that the use of his confession statements breached his right not to incriminate himself”* (Cf. parágrafos 76 a 80, do caso Gladyshev v. Rússia).

<sup>353</sup> Sobre o assunto, cf. parágrafos 103 a 123, do caso Jalloh versus Germany, acima citado.

<sup>354</sup> No caso Bogumil versus Portugal a Corte decidiu que “(...) 83. O Tribunal considera que deve analisar se houve violação do artigo 8.º da Convenção, que dispõe nomeadamente: «1. Qualquer pessoa tem direito ao



Interessante, por fim, registrar que casos como o Jalloh chamaram a atenção da doutrina, que passou a analisar o princípio *nemo tenetur se detegere* à luz da *passividade*, discutindo se é possível sujeitar o indivíduo a certas medidas de investigação que recaem sobre seu corpo, ou se essa sujeição deve ser voluntária, tal como suas declarações.

Criou-se, de tal modo, uma distinção entre atividade/passividade, na qual são classificadas, sob um ou outro conceito, atividades ativas ou omissivas que recaem sobre o sujeito<sup>355</sup>.

#### 4.2.2. Coerção psicológica

No que diz respeito à coerção psicológica, a Corte Europeia entende que confissões obtidas através de ameaças de tortura ou após o encontro de provas materiais (descoberta de cadáver, por exemplo) coletadas como resultado direto da confissão (dentro

---

respeito da sua vida privada (...). 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária (...) para a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde (...) ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.» 84. O Tribunal lembra a este propósito que a noção de «vida privada» engloba a integridade física e moral da pessoa (X. e Y. c. Países Baixos, sentença de 26 de Março de 1985, série A n.o 91, pág. 11, §§ 22-27 e Costello-Roberts c. Reino Unido, sentença de 25 de Março de 1993, série A n.o 247-C, pág. 48, §34). Consequentemente, qualquer ofensa de carácter médico, mesmo menor, à integridade física, analisa-se em uma ingerência no exercício do direito ao respeito da vida privada (ver, por exemplo, Y.F. c. Turquia, n.o 24209/94, n.o 33, TEDH 2003-IX e Juhnke c. Turquia, n.o 52515/99, §76, 13 de Maio de 2008). 85. Para o Governo, a intervenção litigiosa estava prevista na lei – artigos 156.º do Código Penal e 58.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos – e justificava-se, numa sociedade democrática, pela necessidade de proteger a saúde do requerente. 86. O Tribunal lembra desde logo que a expressão «prevista na lei» significa não só que a medida incriminada deve ter fundamento no direito interno, mas também se relaciona com a qualidade da lei em causa: exige-se que a acessibilidade desta à pessoa em causa e a sua compatibilidade com a preeminência do direito. Para se conciliar com esta última, a legislação interna deve oferecer uma certa protecção contra as ofensas arbitrárias aos direitos garantidos pelo número 1. De igual modo uma lei conferindo à autoridade pública um poder de apreciação deve fixar o seu alcance; o nível de precisão requerido depende do domínio considerado (Herczegfalvy, sentença supracitada, pág. 27, §§88-89). 87. Atendendo ao exposto, o Tribunal tem sérias dúvidas sobre a questão de saber se as disposições invocadas pelo Governo eram susceptíveis de conferir uma base legal à intervenção cirúrgica em causa. De facto, o Tribunal não vislumbra como os artigos 56.º e 58.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos ou o artigo 156.º do Código Penal podem constituir uma base legal suficiente – tanto previsível como acessível – à ingerência litigiosa. 88. O Tribunal tende a considerar, tendo em conta as circunstâncias do caso em apreço, que o artigo 127.º do Decreto-Lei n.o 265/79, de 1 de Agosto, relativo às regras de execução das medidas privativas de liberdade, é susceptível de constituir (pouvait fournir) uma base legal e suficiente para a intervenção em causa. Com efeito, o requerente encontrava-se detido e na necessidade de receber tratamentos a fim de evitar um risco grave para a sua vida ou a sua saúde. Por último, o facto de o interessado se encontrar detido, por motivos relacionados com o seu estado de saúde, num hospital civil e não em um Estabelecimento Prisional, não parece obstar à aplicabilidade desta norma. A ingerência nos direitos do requerente estava pois «prevista na lei».”

<sup>355</sup> Evidente que tais atividades podem ser vistas como ativas ou passivas, segundo aquele que as interprete... A análise desta interessante teoria, entretanto, foge da proposta do presente trabalho. Sobre o assunto, com vasta indicação bibliográfica e jurisprudencial, cf. G. E. CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare, ¿principio de pasividad?* Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

do conceito da teoria dos frutos da árvore envenenada), podem violar o privilégio contra a autoincriminação somente quando a prova colhida a partir da confissão desempenhar um papel decisivo no provimento condenatório.

É o que se deduz da análise do *Gäfgen versus Germany*, de 1 de junho de 2010.

No caso *Gäfgen*, o requerente foi acusado de sequestro seguido de morte. Segundo consta, o requerente, estudante de direito, era amigo de uma garota, filha de um banqueiro em Frankfurt, por quem se apaixonara. Em setembro de 2002, o acusado teria convidado o filho caçula daquela família, de onze anos, para ir ao seu apartamento, com a desculpa de devolver a jaqueta de sua irmã. Ali ele teria matado o menino, sufocando-o. Posteriormente, *Gäfgen* enviou um pedido de resgate aos pais do garoto, informando o sequestro e exigindo, como resgate, a quantia de um milhão de euros. O pedido informava, ainda, que os pais somente voltariam a ver o menino se o sequestrador conseguisse deixar o país após o recebimento do resgate.

O acusado, em 30 de setembro de 2002, por volta de uma da manhã, recebeu o resgate numa determinada estação de bonde. A partir de então, passou a ser monitorado pela polícia. *Gäfgen* depositou parte do dinheiro em suas contas bancárias e escondeu uma parte no seu apartamento. Foi preso nessa mesma tarde, no aeroporto de Frankfurt.

O suspeito foi informado dos seus direitos – especialmente o direito de permanecer em silêncio e consultar um advogado. Após consultar seu advogado, *Gäfgen* confessou que havia sequestrado o menino e escondido o corpo numa cabana num lago.

O chefe de polícia de Frankfurt teria ordenado que outro oficial sujeitasse o acusado à extrema tortura para que revelasse o paradeiro do garoto<sup>356</sup>, sem obter sucesso.

Preocupado com menino (que estava há dias sem se alimentar, numa época de clima frio), o chefe de polícia de Frankfurt, sob supervisão médica, ministrou no acusado o conhecido *soro da verdade*<sup>357</sup>, o que levou à descoberta do cadáver.

O requerente, no âmbito interno, alegou que todas as declarações apresentadas para as autoridades policiais não poderiam ser utilizadas no processo penal, pois, além da violação ao artigo 136a, da StPO, a descoberta dos restos mortais da criança somente se

---

<sup>356</sup> “The court noted that in the applicant’s submission, detective officer E. had threatened that a specialist was on his way to the police station by helicopter who, without leaving any traces, would inflict on him intolerable pain the likes of which he had never before experienced, if he continued to refuse to disclose J.’s whereabouts. To underpin the threat, E. had imitated the sound of the rotating blades of a helicopter. E. had further threatened that the applicant would be locked up in a cell with two big “Negroes” who would anally assault him. He would wish that he had never been born.” Cf. parágrafo 26, do caso *Gäfgen v. Germany*.

<sup>357</sup> “According to the note, the threat to the applicant was **exclusively aimed at saving the child’s life** rather than furthering the criminal proceedings concerning the kidnapping.” Cf. parágrafo 20, do caso *Gäfgen v. Germany*, por nós destacado.

tornou conhecida após a confissão extraída através da aplicação do *soro da verdade*, prova essa que se encontraria dentro da teoria conhecida como *fruits of the poisonous tree*. Tais alegações, no plano interno, sempre foram tidas como inadmissíveis<sup>358</sup>.

O acusado recorreu para o Tribunal de Estrasburgo, alegando a violação de diversos dispositivos, e, dentre eles, a violação do princípio *nemo tenetur*.

Dentre outros argumentos, o acusado apontou a injustiça do julgamento, devido à admissão de elementos de prova obtidos como um resultado direto de confissões extraídas contra sua vontade<sup>359</sup>. Com isso, o recorrente procurou obter da Corte declaração de que a utilização, no processo penal, de todos os elementos de prova levados à causa, decorreu das declarações ilegalmente extraídas.

O requerente, ainda, invocando o caso Jalloh, alegou que tanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção da ONU contra a tortura garantem a exclusão de todas as provas obtidas através da prática de tortura ou outros tratamentos desumanos e degradantes<sup>360</sup>.

Antes de apreciar o mérito da causa, a Corte recapitulou diversos princípios, relevantes para o julgamento. Pontuou que o artigo 6, da Convenção, se limita a garantir um processo equitativo e não prevê quaisquer regras sobre a admissibilidade de provas,

---

<sup>358</sup> Embora a justiça de Frankfurt tenha entendido pela efetiva violação da StPO e dos direitos constitucionais do acusado, a decisão pontuou que “However, notwithstanding this breach of the applicant’s constitutional rights, the court found that the criminal proceedings were not, in consequence, barred and could proceed. It found that the use of the investigation methods in question, though prohibited in law, had not so restricted the rights of the defence that the criminal proceedings could not be pursued. In view of the seriousness of the charges against the applicant on the one hand, and the severity of the unlawful conduct during investigation on the other, there had not been such an exceptional and intolerable violation of the rule of law as to bar the continuation of the criminal proceedings.” Cf. parágrafo 27, do caso Gäfgen v. Germany.

<sup>359</sup> De acordo com os parágrafos 150 e 151, do caso Gäfgen v. Germany, “In the applicant’s submission, the admission of real evidence obtained in breach of Article 3 had rendered his criminal trial unfair in violation of Article 6. Once that evidence had been admitted, he had been deprived, entirely, of his right to defend himself. He had also been deprived of the protection afforded by the principle against self-incrimination. He claimed that the evidence recovered in Birstein and on the return journey therefrom had been obtained by the police order directly forcing him to point out its precise whereabouts. He had been obliged to walk, without shoes, through woods to the place where he had hidden J.’s corpse. The fact that his directions as to where he had hidden the corpse and its consequent discovery had been recorded on videotape demonstrated that the events at Birstein had not been about the child’s rescue but about the recovery of evidence in a manner aimed at securing his conviction. The applicant argued that the impugned real evidence had been decisive in, and not merely accessory to, securing his conviction. Though other charges would have been possible, the self-incriminating evidence obtained as a result of his extracted confession was wholly necessary for the charge of and conviction for murder. There had been no other hypothetical clean path which would have led the police to this evidence at the relevant time. Whether they would ever have found it was a matter of pure speculation.”

<sup>360</sup> No que diz respeito à alegação de tortura, a Corte entendeu que o acusado sofreu, *apenas*, um tratamento degradante e desumano destinado informar o local em que havia ocultado o cadáver da criança. Cf. parágrafo 131 e 132, do caso Gäfgen *versus* Germany.

normas estas de competência do âmbito nacional dos estados contratantes<sup>361</sup>. A função da Corte é analisar se o processo como um todo, incluindo a maneira em que as provas foram obtidas, foi justo. O processo justo, para a Corte, é aquele em os direitos da defesa foram amplamente respeitados<sup>362</sup>.

No que diz respeito à admissão, em juízo, das declarações decorrentes de confissão, a partir do caso Gäfgen, a Corte Europeia passou a diferenciar duas situações: a) declarações obtidas como resultado da tortura; e, b) declarações obtidas como resultado direto de *tratamentos degradantes (ill-treatment)*.

Na primeira hipótese, o Tribunal de Estrasburgo entende como *injusto* (e, portanto, violador do artigo 6, da Convenção), o processo que admite declarações obtidas como resultado de tortura (artigo 3, da Convenção), ainda que tais provas sejam relevantes no processo penal para apurar fatos. A Corte aplica essa conclusão independentemente do valor probatório das declarações e independente do fato de ter influenciado na condenação do acusado<sup>363</sup>. Pensar de forma diversa somente serviria para legitimar, indiretamente, condutas repreendidas pelo artigo 3, da Convenção. Reforçou a Corte aquilo que afirmou no caso Jalloh.

---

<sup>361</sup> Sobre o assunto, cf. casos Schenk *versus* Switzerland; Teixeira de Castro *versus* Portugal; e, Heglas *versus* the Czech Republic.

<sup>362</sup> Em particular, a Corte analisa se ao acusado foi concedida a oportunidade de impugnar a autenticidade e opor-se à utilização das provas colhidas. Ademais, a *qualidade* dos elementos de prova também são levados em consideração, como as circunstâncias em que a prova foi obtida e se estas circunstâncias são capazes de lançar dúvidas sobre a confiabilidade e exatidão. Segundo esta linha de pensamento, adotada também nos casos Jalloh *versus* Germany (parágrafo 96), Khan *versus* United Kingdom (parágrafos 35-37) e Allan *versus* the United Kingdom (parágrafo 43), a Corte não vislumbra qualquer ilegalidade quando a prova resta isolada (*unsupported by other material*). Para ela, quando a prova é suficientemente convincente (*the evidence is very strong*) e não há dúvidas sobre sua confiabilidade, a necessidade de provas auxiliares e correspondentes é mais fraco. Neste contexto, o Tribunal de Estrasburgo atribui mais peso para as provas que foram decisivas no desfecho do processo.

<sup>363</sup> No caso Levința *versus* Moldova, de 18 de dezembro de 2008, a Corte de Estrasburgo decidiu que “(...) 100. In particular, the Court has found that the use as part of the evidence in the criminal proceedings of statements obtained as a result of torture rendered the proceedings as a whole unfair, irrespective of whether the admission of the evidence was decisive in securing the applicant's conviction (see Harutyunyan, cited above, §§ 63 and 66). Relying on evidence obtained as a result of acts of torture ‘serves to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe or, in other words, to ‘afford brutality the cloak of law’ (see Jalloh, cited above, § 105). (...) 104. The Court considers that the statements obtained from the applicants in such circumstances, following their torture and while being deprived of any support from their lawyers (aside from their intervention on 4 November 2000) and faced with a total lack of reaction by the authorities to their lawyers' complaints (see paragraph 83 above), fall within the category of statements which should never be admissible in criminal proceedings since use of such evidence would make such proceedings unfair as a whole, regardless of whether the courts also relied on other evidence (see paragraph 100 above). 105. Since the applicants in the present case have been subjected to torture, the Court considers it unnecessary to determine the extent to which the domestic courts relied on evidence obtained as a result and whether such evidence had been determinant to the applicants' conviction. The mere fact that the domestic courts actually relied on evidence obtained as a result of torture rendered the entire trial unfair. 106. In such circumstances, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

Na segunda hipótese, a partir do julgamento do caso Jalloh, a Corte de Estrasburgo deixou em aberto a questão da justiça do julgamento nos casos de admissibilidade de provas obtidas através de atos desumanos ou degradantes, mas casuisticamente classificados como aquém de atos de tortura, independentemente do conteúdo que a prova apresenta, seu valor probatório e as oportunidades de impugnação oferecidas ao acusado (em Jalloh, rememoremos, diante das particularidades do caso, a Corte entendeu violado o artigo 6, da Convenção<sup>364</sup>).

Ainda rememorando os princípios básicos aplicados ao caso, no que concerne à utilização de provas obtidas em violação ao privilégio contra a autoincriminação, a Corte ressalta a proteção do acusado contra a coação indevida por parte das autoridades, contribuindo para evitar eventuais erros da justiça. Pontuou, por fim, que o direito de não produzir provas contra si mesmo, em particular, pressupõe um processo penal no qual a acusação comprove suas alegações sem recorrer a provas obtidas através de coerção ou contra a vontade do arguido<sup>365</sup>.

Após, à luz dos princípios acima citados, a Corte adentrou no mérito da causa e analisou se o processo penal contra o acusado que, desde o início, impugnou a utilização das provas obtidas com a suposta violação de seus direitos resguardados pela Convenção, seria, como um todo, justo.

Para esta análise, foi necessário compatibilizar as provisões previstas nos artigos 3 e 6, ambos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

---

<sup>364</sup> De acordo com os parágrafos 106 e 107, do caso Jalloh *versus* Germany, “(...) 106. Although the treatment to which the applicant was subjected did not attract the special stigma reserved to acts of torture, it did attain in the circumstances the minimum level of severity covered by the ambit of the Article 3 prohibition. It cannot be excluded that on the facts of a particular case the use of evidence obtained by intentional acts of ill-treatment not amounting to torture will render the trial against the victim unfair, irrespective of the seriousness of the offence allegedly committed, the weight attached to the evidence and the opportunities which the victim had to challenge its admission and use at his trial.

107. In the present case, the general question whether the use of evidence obtained by an act qualified as inhuman and degrading treatment automatically renders a trial unfair can be left open. The Court notes that, even if it was not the intention of the authorities to inflict pain and suffering on the applicant, the evidence was obtained by a measure which breached one of the core rights guaranteed by the Convention. Furthermore, it was common ground between the parties that the drugs obtained by the impugned measure were the decisive element in securing the applicant’s conviction. It is true that, as was equally uncontested, the applicant was given the opportunity, which he took, of challenging the use of the drugs obtained by the impugned measure. However, any discretion on the part of the national courts to exclude that evidence could not come into play as they considered the administration of emetics to be authorised by domestic law. Moreover, the public interest in securing the applicant’s conviction cannot be considered to have been of such weight as to warrant allowing that evidence to be used at the trial. As noted above, the measure targeted a street dealer selling drugs on a relatively small scale who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation.”

<sup>365</sup> Cf., nesse sentido, os seguintes casos: Saunders, parágrafo 68; Heaney and McGuinness, parágrafo 40; J.B., parágrafo 64; Allan, parágrafo 44; e, Jalloh, parágrafo 100.

A Corte enfatizou a necessidade de examinar se a admissão de provas reais (no caso, o cadáver do menino), como resultado de um ato qualificado como tratamento degradante e desumano, mas aquém da tortura, violaria o artigo 3.

Neste ponto, o Tribunal de Estrasburgo pontuou que sua jurisprudência

*“ainda não resolveu se a utilização destes elementos de prova sempre tornará injusto o julgamento, isto é, independentemente de outras circunstâncias do caso. No entanto, concluiu que, tanto a utilização, nos processos penais, de declarações pessoais obtidas como resultado de uma violação ao artigo 3 – independentemente da classificação deste tratamento como tortura, tratamento desumano ou degradante –, como uso de provas reais obtidas como resultado direto de atos de tortura, torna o processo automaticamente injusto em sua totalidade, violando o artigo 6.”*<sup>366</sup> (tradução nossa)

Não obstante, a Corte reconheceu a existência de diferentes interesses em jogo: de um lado, a exclusão da prova; e, de outro, o direito do acusado ao processo justo, que veda tratamentos incompatíveis com o artigo 3, da Convenção.

No caso concreto, mesmo a Corte ponderando que a prova impugnada, derivada de um método ilegal de interrogatório que não era, em si, destinada a apoiar a investigação, mas, sim, salvar a vida da criança, foi necessário reconhecer que o artigo 3 da Convenção consagra um direito absoluto. Assim,

*“Sendo absoluto, não pode haver qualquer ponderação de interesses contra ele, como a gravidade da infração investigada ou o interesse público na efetiva persecução, pois isso minaria sua natureza absoluta (compare também, mutatis mutandis, Saadi, acima citado, §§ 138-39). Na opinião da Corte, nem a proteção da vida humana nem a obtenção de uma condenação criminal podem ser obtidas ao custo de comprometer a proteção do direito absoluto de não ser submetido a tratamentos atroztes vedados pelo artigo 3, pois isso sacrificaria estes valores e colocaria em descrédito a administração da justiça.”*<sup>367</sup>(tradução nossa)

---

<sup>366</sup> Cf. parágrafo 173, do caso Gäfgen versus Germany. No original, “(...) it has not yet settled the question whether the use of such evidence will always render a trial unfair, that is, irrespective of other circumstances of the case. It has, however, found that both the use in criminal proceedings of statements obtained as a result of a person’s treatment in breach of Article 3 – irrespective of the classification of that treatment as torture, inhuman or degrading treatment – and the use of real evidence obtained as a direct result of acts of torture made the proceedings as a whole automatically unfair, in breach of Article 6.”

<sup>367</sup> Cf. parágrafo 176, do caso Gäfgen versus Germany. No original, “Being absolute, there can be no weighing of other interests against it, such as the seriousness of the offence under investigation or the public interest in effective criminal prosecution, for to do so would undermine its absolute nature (compare also, mutatis mutandis, Saadi, cited above, §§ 138-39). In the Court’s view, neither the protection of human life nor the securing of a criminal conviction may be obtained at the cost of compromising the protection of the absolute right not to be subjected to ill-treatment proscribed by Article 3, as this would sacrifice those values and discredit the administration of justice.”

No entanto, o Tribunal de Estrasburgo foi enfático em balizar que “*ao contrário do artigo 3, o artigo 6 não consagra um direito absoluto.*”<sup>368</sup> (tradução nossa)

Para a Corte, é certo que, no contexto do artigo 6, a admissão de provas obtidas através de condutas proibidas pelo artigo 3 pode servir como um incentivo para os agentes policiais se valerem daqueles métodos, não obstante a proibição legal. Assim, em virtude da proteção efetiva garantida pela Convenção Europeia, os indivíduos podem exigir a exclusão da prova obtida como resultado de violação do artigo 3.

O Tribunal de Estrasburgo, entretanto, ponderou que, tanto a justiça do julgamento, como a proteção efetiva da proibição absoluta do artigo 3, somente estariam vulneradas se o acusado demonstrasse que a violação perpetrada ao arripio do citado artigo tivesse influenciado o resultado do processo, impactando sobre o reconhecimento da culpabilidade ou condenação<sup>369</sup>.

No caso Gäfgen, o Tribunal de Estrasburgo lembrou que a jurisdição local fundamentou a condenação do recorrente única e exclusivamente na nova confissão, fornecida em juízo. O tribunal local considerou essa nova confissão essencial – para não dizer única –, para sua conclusão, no que diz respeito ao planejamento do crime. Dessa forma, as provas adicionais admitidas no julgamento não foram utilizadas para comprovar a culpa do acusado, mas, apenas, para *testar a veracidade da confissão*<sup>370</sup>.

Interessante mencionar que o acusado impugnou diversas provas colhidas antes de ser preso: alegou ter sido secretamente observado após receber o valor exigido a título de resgate; a busca realizada em seu apartamento, logo após a prisão; o depoimento da irmã da vítima; notas encontradas no apartamento do acusado relativas ao planejamento do crime; e, apreensão de parte do dinheiro pago pelo resgate, encontrado no apartamento do acusado e em suas contas bancárias.

No que diz respeito a essas provas, a Corte resolveu que foi a segunda confissão, colhida em juízo, que determinou a condenação do acusado. Se essa confissão restou isolada ou corroborada por outras provas, não importava, pois, as provas

---

<sup>368</sup> Cf. parágrafo 178, do caso Gäfgen versus Germany. No original, “(...) contrary to Article 3, Article 6 does not enshrine an absolute right.”

<sup>369</sup> No original, “However, the Court considers that both a criminal trial’s fairness and the effective protection of the absolute prohibition under Article 3 in that context are only at stake if it has been shown that the breach of Article 3 had a bearing on the outcome of the proceedings against the defendant, that is, had an impact on his or her conviction or sentence”. Cf. parte final do parágrafo 178, do caso Gäfgen versus Germany.

<sup>370</sup> Entre estas provas, estariam incluídas os resultados da autópsia sobre a causa da morte, realizada no cadáver do garoto e as marcas de pneus deixadas pelo carro do acusado perto da lagoa onde o corpo da criança foi encontrado.

impugnadas, como dito acima, não foram utilizadas para determinar a culpa do acusado. Dentro dessa ordem de ideias, a Corte reconheceu que houve uma ruptura na cadeia causal que culminou na condenação do recorrente<sup>371</sup>.

Além dessas conclusões, a Corte de Estrasburgo observou que, antes da confissão oferecida no julgamento, o acusado foi devidamente instruído acerca de seu direito de permanecer calado e sobre o fato de que nenhuma das declarações pretéritas seriam utilizadas como prova contra ele. Não obstante, devidamente representado por advogado, o acusado resolveu confessar livremente e sem qualquer remorso, assumindo a responsabilidade pelo delito. Ainda, no que diz respeito aos direitos de defesa, foi oportunizado ao recorrente, no âmbito doméstico, desafiar e impugnar todas as provas trazidas a julgamento.

Em vista de todos esses elementos, a Corte concluiu que, efetivamente, a confissão realizada no julgamento foi o elemento crucial para assegurar a condenação de Gäfgen.

Logo, no que toca à alegação de que teria o acusado sido privado da proteção conferida pelo privilégio contra a autoincriminação, a Corte decidiu que

*“(...) Como se verifica acima (ver parágrafo 168), o direito de não se incriminar pressupõe que a acusação comprove suas alegações, sem recorrer a provas obtidas através de métodos de coerção ou de opressão que desafiem a vontade do arguido. A Corte remete para as suas conclusões o fato de que os tribunais nacionais basearam a condenação do requerente na sua segunda confissão prestada em juízo, sem recorrer à prova real impugnada como conclusiva de sua culpabilidade. Por conseguinte, a Corte conclui que o privilégio contra a autoincriminação foi respeitado no processo contra a recorrente.*

*A Corte conclui que, nas circunstâncias particulares do caso do recorrente, a não exclusão da prova real impugnada, obtida na sequência de uma declaração extraída por meio de um tratamento desumano, não teve qualquer influência na sentença e condenação do recorrente. Uma vez respeitados os direitos de defesa do requerente e o seu direito de não se incriminar, o seu julgamento deve ser considerado justo.*

*Consequentemente, não houve violação do artigo 6 §§ 1 e 3 da Convenção.”<sup>372</sup>*  
(tradução nossa)

<sup>371</sup> De acordo com o parágrafo 180, do caso Gäfgen versus Germany, “there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant’s conviction and sentence in respect of the impugned real evidence.”

<sup>372</sup> Cf. parágrafos 186-188, do caso Gäfgen versus Germany. No original, “(...) As shown above (see paragraph 168), the right not to incriminate oneself presupposes that the prosecution prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the latter’s will. The Court refers to its above findings that the domestic courts based the applicant’s conviction on his second confession at the trial, without having recourse to the impugned real evidence as necessary



Assim, como as provas colhidas antes da confissão perpetrada em juízo não desempenharam um papel decisivo na condenação, a Corte entendeu que não houve violação do privilégio contra a autoincriminação.

De certa forma, é possível afirmar que a Corte estende o raciocínio empregado no caso *Gäfgen* para outras situações, o que será dissertado abaixo, sob a epígrafe *coerção exercida através do uso de técnicas de investigações secretas*.

#### **4.2.3. Coerção psicológica empregada em testemunhas. Proteção do princípio *nemo tenetur se detegere*?**

Não está claro se a proteção conferida pelo privilégio contra a autoincriminação se estende também para as pessoas interrogadas na condição de testemunhas.

A análise dos casos demonstra que a Corte tem levado em conta não apenas o *status* formal da pessoa interrogada, mas, também, os fatos que circundam o interrogatório, a fim de estabelecer se a pessoa interrogada pode ou não ser considerada um suspeito em potencial, caso em que o princípio *nemo tenetur* poderia ser invocado<sup>373</sup>.

---

proof of his guilt. The Court therefore concludes that the privilege against self-incrimination was complied with in the proceedings against the applicant. The Court concludes that in the particular circumstances of the applicant's case, the failure to exclude the impugned real evidence, secured following a statement extracted by means of inhuman treatment, did not have a bearing on the applicant's conviction and sentence. As the applicant's defence rights and his right not to incriminate himself have likewise been respected, his trial as a whole must be considered to have been fair. Accordingly, there has been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention."

<sup>373</sup> No caso *Brusco versus França*, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que "(...) 44. La Cour rappelle que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable. Ils ont notamment pour finalité de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention (voir, notamment, *Bykov c. Russie* [GC], no 4378/02, § 92, 10 mars 2009, et *John Murray*, précité, § 45). Le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé (voir, notamment, *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, §§ 68-69, Recueil 1996-VI, *Allan c. Royaume-Uni*, no 48539/99, § 44, CEDH 2002-IX, *Jalloh c. Allemagne* [GC], no 54810/00, §§ 94-117, CEDH 2006-IX, et *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* [GC] nos 15809/02 et 25624/02, §§ 53-63, CEDH 2007-VIII). 45. La Cour rappelle également que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire (voir les principes dégagés notamment dans les affaires *Salduz c. Turquie* [GC], no 36391/02, §§ 50-62, 27 novembre 2008, *Dayanan c. Turquie*, no 7377/03, §§ 30-34, 13 octobre 2009, *Boz c. Turquie*, no 2039/04, §§ 33-36, 9 février 2010, et *Adamkiewicz c. Pologne*, no 54729/00 §§ 82-92, 2 mars 2010). 46. En l'espèce, la Cour relève que lorsque le requérant a dû prêter serment «de dire toute

A respeito, a Corte entende, pacificamente ao que parece, que nenhuma pressão deve ser empregada sobre o indivíduo não representado por advogado para que se

---

la vérité, rien que la vérité», comme l'exige l'article 153 du code de procédure pénale, avant de déposer devant l'officier de police judiciaire, il était placé en garde à vue. Cette mesure s'inscrivait dans le cadre d'une information judiciaire ouverte par le juge d'instruction, les services de police ayant interpellé le requérant suite à une commission rogatoire délivrée le 3 juin 1999 par ce magistrat, qui les autorisait notamment à procéder à toutes les auditions et perquisitions utiles à la manifestation de la vérité concernant les faits de tentative d'assassinat commis sur la personne de B.M. le 17 décembre 1998. Ce placement en garde à vue était règlementé par l'article 154 du code de procédure pénale et n'était pas subordonné, à l'époque des faits, à l'existence d' « indices graves et concordants » démontrant la commission d'une infraction par l'intéressé ou de « raisons plausibles » de le soupçonner de tels faits. La Cour note également que le requérant n'était pas nommément visé par la commission rogatoire du 3 juin 1999, ni par le réquisitoire introductif du 30 décembre 1998. 47. La Cour constate cependant que l'interpellation et la garde à vue du requérant s'inscrivaient dans le cadre d'une information judiciaire ouverte par le juge d'instruction contre E.L et J.P.G., tous deux soupçonnés d'avoir été impliqués dans l'agression de B.M. Or, d'une part, lors de sa garde à vue du 2 juin 1999, J.P.G. avait expressément mis en cause le requérant comme étant le commanditaire de l'opération projetée et, d'autre part, la victime avait déposé plainte contre son épouse et le requérant, et ce dernier avait déjà été entendu à ce sujet par les services de police le 28 décembre 1998. Dans ces circonstances, la Cour considère que, dès son interpellation et son placement en garde à vue, les autorités avaient des raisons plausibles de soupçonner que le requérant était impliqué dans la commission de l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête ouverte par le juge d'instruction. L'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant, comme étant purement formel, dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction. 48. Par ailleurs, la Cour note que, depuis l'adoption de la loi du 15 juin 2000, lorsqu'il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction, tout témoin – cité pour être entendu au cours de l'exécution d'une commission rogatoire – ne peut être retenu que le temps strictement nécessaire à son audition. 49. Enfin, selon la Cour, l'interpellation et le placement en garde à vue du requérant pouvaient avoir des répercussions importantes sur sa situation (voir, parmi d'autres, Deweer, précité, § 46, et Eckle c. Allemagne, 15 juillet 1982, § 73, série A no 51). D'ailleurs, c'est précisément à la suite de la garde à vue décidée en raison d'éléments de l'enquête le désignant comme suspect, qu'il a été mis en examen et placé en détention provisoire. 50. Dans ces circonstances, la Cour estime que lorsque le requérant a été placé en garde à vue et a dû prêter serment « de dire toute la vérité, rien que la vérité », celui-ci faisait l'objet d'une « accusation en matière pénale » et bénéficiait du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence garanti par l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention. 51. La Cour relève ensuite que, lors de sa première déposition le 8 juin 1999, le requérant a fourni certains éléments de preuve pouvant démontrer son implication dans l'agression de B.M. : il a en effet livré des détails sur ses conversations avec l'un des individus mis en examen, J.P.G., sur leur entente « pour faire peur » à B.M. et sur la remise d'une somme d'argent de 100 000 francs français. La Cour note également que ces déclarations ont été ensuite utilisées par les juridictions pénales pour établir les faits et condamner le requérant. 52. La Cour estime que le fait d'avoir dû prêter serment avant de déposer a constitué pour le requérant – qui faisait déjà depuis la veille l'objet d'une mesure coercitive, la garde à vue – une forme de pression, et que le risque de poursuites pénales en cas de témoignage mensonger a assurément rendu la prestation de serment plus contraignante. 53. Elle note par ailleurs qu'en 2004, le législateur est intervenu pour revenir sur l'interprétation faite par la Cour de cassation de la combinaison des articles 105, 153 et 154 du code de procédure pénale et préciser que l'obligation de prêter serment et de déposer n'est pas applicable aux personnes gardées à vue sur commission rogatoire d'un juge d'instruction (paragraphe 29 ci-dessus). 54. La Cour constate également qu'il ne ressort ni du dossier ni des procès-verbaux des dépositions que le requérant ait été informé au début de son interrogatoire du droit de se taire, de ne pas répondre aux questions posées, ou encore de ne répondre qu'aux questions qu'il souhaitait. Elle relève en outre que le requérant n'a pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue, délai prévu à l'article 63-4 du code de procédure pénale (paragraphe 28 ci-dessus). L'avocat n'a donc été en mesure ni de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 de la Convention. 55. Il s'ensuit que l'exception soulevée par le Gouvernement doit être rejetée et qu'il y a eu, en l'espèce, atteinte au droit du requérant de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, tel que garanti par l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention.”

manifeste, ainda que esta pessoa não esteja formalmente acusada (convocada para depor na condição de suposta testemunha, por exemplo).

É o que deduzimos da análise do caso *Shabelnik versus Ukraine*, de 19 de maio de 2009. Segundo consta, Shabelnik foi preso como suspeito pela prática de sequestro e homicídio. Nove dias após a prisão, foi instaurado um processo investigatório no qual o acusado revelou à polícia o local onde ocultou o corpo e os pertences da vítima. O acusado teria sido obrigado a escrever um relato confessando os crimes e, no mesmo documento, renunciado a assistência de advogado durante o interrogatório. No curso do inquérito, o acusado foi ouvido como testemunha e, desacompanhado de advogado, confessou o crime.

Posteriormente, ainda na condição de testemunha, participou da reconstituição do crime. No curso da investigação, o suspeito foi ouvido mais duas vezes, também desacompanhado de advogado. Foi formalmente acusado somente quatro meses após a prática do delito.

No âmbito nacional, o acusado alegou ter sido obrigado a confessar as acusações. Não obstante, com fundamento nas confissões oferecidas, foi condenado por sequestro e duplo homicídio, decisão esta mantida em grau de recurso.

Na Corte, alegou violação do direito ao julgamento justo, pois sua condenação decorreu de confissões obtidas sob coação, em violação ao privilégio contra a autoincriminação, tomadas na ausência de um advogado.

Após reafirmar diversos princípios gerais<sup>374</sup>, a Corte observou que

---

<sup>374</sup> “(...) 52. According to the Court’s case-law, even if the primary purpose of Article 6, as far as criminal matters are concerned, is to ensure a fair trial by a ‘tribunal’ competent to determine ‘any criminal charge’, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (see *Imbrioscia v. Switzerland*, judgment of 24 November 1993, Series A no. 275, p. 13, § 36). The manner in which Article 6 §§ 1 and 3 (c) is to be applied during the preliminary investigation depends on the special features of the proceedings involved and on the circumstances of the case. The moment from which Article 6 applies in ‘criminal’ matters also depends on the circumstances of the case, as the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial prompts the Court to prefer a ‘substantive’, rather than a ‘formal’, conception of the ‘charge’ contemplated by Article 6 § 1. The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question (see *Deweert v. Belgium*, 27 February 1980, § 44, Series A no. 35). 53. The Court also reiterates that, although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial (see *Krombach v. France*, no. 29731/96, § 89, ECHR 2001-II). Furthermore, Article 6 may also be relevant before a case is sent for trial and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with it (see *Imbrioscia*, cited above, § 36; and *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 131, ECHR 2005-...). The manner in which Article 6 §§ 1 and 3 (c) are applied during the investigation depends on the special features of the proceedings and the facts of the case. Article 6 will normally require that the accused already be allowed to benefit from the assistance of a lawyer at the initial stages of police interrogation. The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction (*Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 55, 27 November 2008). 54. The

*“(...) desde o primeiro momento em que o recorrente foi ouvido, ficou claro que ele não estava simplesmente depondo sobre o fato de testemunhar um crime, mas, na verdade, confessando a prática de um. A partir do momento em que o recorrente confessou, impossível afirmar que o investigador não suspeitava do envolvimento do recorrente no homicídio. A existência desta suspeita é confirmada pelo fato de que o investigador tomou medidas adicionais para verificar a credibilidade das declarações autoincriminatórias do requerente, conduzindo procedimentos investigativos, tais como a reconstituição do crime, que geralmente são realizadas com suspeitos. No entender da Corte, a posição do requerente foi significativamente afetada assim que a suspeita contra ele foi seriamente investigada e a acusação compilada.”<sup>375</sup> (tradução nossa)*

No que toca à violação do direito ao silêncio, o Tribunal de Estrasburgo aduziu que

*“Não obstante os argumentos governamentais, segundo os quais o direito do requerente ao silêncio foi observado no âmbito doméstico e que não havia provas de que fora coagido a confessar, as circunstâncias do caso sugerem que os seus testemunhos foram obtidos ao arrepio de sua vontade. Embora o requerente não tenha alegado qualquer coerção física por parte dos investigadores, o fato de outra pessoa, no mesmo processo, ter também confessado o assassinato da Sra. K. e, posteriormente se retratado, alegando coerção por parte do mesmo investigador, poderia suscitar dúvidas razoáveis*

---

Court reiterates that its duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46, and *Teixeira de Castro v. Portugal*, judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1462, § 34). 55. As regards the use of evidence obtained in breach of the right to silence and the privilege against self-incrimination, the Court recalls that these are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair trial under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see, inter alia, *Saunders v. the United Kingdom*, cited above § 68; *Heaney and McGuinness*, cited above, § 40; *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, § 64, ECHR 2001-III; and *Allan*, cited above, § 44).” Cf. *Shabelnik versus Ukraine*, de 19 de maio de 2009.

<sup>375</sup> Cf. parágrafo 57, do caso *Shabelnik versus Ukraine*. No original, “The Court notes that from the first interview of the applicant it became clear that he was not simply testifying about witnessing a crime but was actually confessing to committing one. From the moment the applicant first made his confession, it could not be said that the investigator did not suspect the applicant’s involvement in the murder. The existence of such a suspicion is confirmed by the fact that the investigator took further steps to check the credibility of the applicant’s self-incriminating statements and conducted investigative procedures, such as an on-site reconstruction of the crime, which are usually conducted with suspects. In the Court’s opinion, the applicant’s position was significantly affected as soon as the suspicion against him was seriously investigated and the prosecution case compiled.”

*acerca das práticas investigativas no presente caso. Além disso, o recorrente, tendo sido avisado sobre a responsabilidade penal decorrente da recusa em testemunhar e, ao mesmo tempo, ter sido informado sobre o seu direito de não testemunhar contra si próprio, poderia ter se confundido, como alegou, sobre a sua responsabilidade pela recusa em depor, especialmente na ausência de aconselhamento jurídico durante o ato. Note-se, ainda, que, embora o recorrente tenha retratado suas declarações durante as audiências, os tribunais nacionais basearam sua condenação pelo assassinato da Sra. K. de forma decisiva, quando não exclusivamente, nestas declarações autoincriminatórias. As declarações não continham, de fato, quaisquer informações que os investigadores não conhecessem (ao contrário do caso do sequestro e assassinato de S., em que o requerente mostrou à polícia onde o cadáver estava escondido) e foram prestadas em situações obscuras e em clara violação do direito de defesa do recorrente.”<sup>376</sup>*

Após tecer tais considerações, a Corte Europeia concluiu que, ao recorrente Shabelnik, foi negado o direito a um julgamento justo – pois a condenação por homicídio se baseou em provas incriminatórias obtidas em manifesta violação de seu direito de guardar silêncio e impediu o exercício efetivo de seu direito de defesa, quando interpelado na fase inquisitorial –, havendo, conseqüentemente, violação do artigo 6, números 1 e 3 da Convenção.

### **4.3. Coerção exercida através do uso de técnicas de investigações secretas**

Entende o Tribunal de Estrasburgo que as provas colhidas através de investigação velada (*secret surveillance*) ou através do uso de gravações clandestinas (*secret recordings*), ainda que colhidas em desrespeito ao direito doméstico ou porventura

---

<sup>376</sup> Cf. parágrafo 59, do caso Shabelnik versus Ukraine. No original, “notwithstanding the Government’s arguments that the applicant’s right to silence was protected in domestic law and that there was no evidence that he was ill-treated in order to confess, the circumstances of the case suggest that his testimonies were obtained in defiance of his will. Although the applicant failed to substantiate any physical coercion by the investigators, the fact that another person within the same proceedings also confessed to the murder of Mrs K. and retracted his statement, alleging coercion by the same investigator, could raise reasonable doubts as to the practices of the investigator in the present case. In addition, the applicant, having been warned about criminal liability for refusal to testify and at the same time having been informed about his right not to testify against himself, could have been confused, as he alleged, about his liability for refusal to testify, especially in the absence of legal advice during that interview. It should be further noted that although the applicant had retracted his testimonies during the court hearings the domestic authorities based his conviction for the murder of Mrs K. to a decisive extent, if not solely, on these self-incriminating statements. The statements did not in fact contain any information which was not already known to the investigators (in contrast to the case of the kidnapping and murder of S., in which the applicant showed the police where the corpse had been hidden) and had been received in unclear circumstances and in clear violation of the applicant’s right to defence.”

violadoras do artigo 8 da Convenção<sup>377</sup>, não infringem o privilégio contra a autoincriminação quando não utilizadas de forma decisiva na condenação do acusado<sup>378</sup>.

Entende, ainda, que é compatível com o direito ao silêncio, implícito no artigo 6 da Convenção, a confissão obtida através de agente infiltrado (*private informant*), ainda que esta confissão incida de forma decisiva no julgamento da causa, bastando que o crime seja revelado pelo acusado no contexto da atividade pública desenvolvida pelo agente ou seja obtida dentro de um estabelecimento prisional (delegacia de polícia, inclusive), salvo quando a confissão for extraída através de um expediente equivalente a um interrogatório,

---

<sup>377</sup> Dispõe o artigo 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Direito ao respeito pela vida privada e familiar - 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

<sup>378</sup> No caso *Khan versus United Kingdom*, a Corte decidiu que “(...) The Court recalls that in the *Schenk* case cited above the applicant complained, inter alia, that the recording of his conversation with P. in breach of Swiss law and its use as evidence at his trial contravened Article 6 § 1 of the Convention. The Court noted in its judgment that it was not disputed that the recording in issue had been obtained unlawfully as a matter of Swiss law and that this had been expressly recognised by the Swiss courts. The Court observed that it could not ‘exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible’ (ibid., p. 29, § 46), and that it had only to ascertain whether the applicant’s trial as a whole was fair. In concluding that the use of the disputed recording in evidence did not deprive the applicant of a fair trial, the Court noted, first, that the rights of the defence had not been disregarded: the applicant had been given the opportunity, which he took, of challenging the authenticity of the recording and opposing its use, as well as the opportunity of examining P. and summoning the police inspector responsible for instigating the making of the recording. The Court further ‘attache[d] weight to the fact that the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based’ (ibid., pp. 29-30, § 48). The Court notes at the outset that, in contrast to the position examined in the *Schenk* case, the fixing of the listening device and the recording of the applicant’s conversation were not unlawful in the sense of being contrary to domestic criminal law. In particular, as Lord Nolan observed, under English law there is in general nothing unlawful about a breach of privacy. Moreover, as was further noted, there was no suggestion that, in fixing the device, the police had operated otherwise than in accordance with the Home Office Guidelines. In addition, as the House of Lords found, the admissions made by the applicant during the conversation with B. were made voluntarily, there being no entrapment and the applicant being under no inducement to make such admissions. The ‘unlawfulness’ of which complaint is made in the present case relates exclusively to the fact that there was no statutory authority for the interference with the applicant’s right to respect for private life and that, accordingly, such interference was not ‘in accordance with the law’, as that phrase has been interpreted in Article 8 § 2 of the Convention. The Court next notes that the contested material in the present case was in effect the only evidence against the applicant and that the applicant’s plea of guilty was tendered only on the basis of the judge’s ruling that the evidence should be admitted. However, the relevance of the existence of evidence other than the contested matter depends on the circumstances of the case. In the present circumstances, where the tape recording was acknowledged to be very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker. It is true that, in the case of *Schenk*, weight was attached by the Court to the fact that the tape recording at issue in that case was not the only evidence against the applicant. However, the Court notes in this regard that the recording in the *Schenk* case, although not the only evidence, was described by the Criminal Cassation Division of the Vaud Cantonal Court as having ‘a perhaps decisive influence, or at the least a not inconsiderable one, on the outcome of the criminal proceedings’ (ibid., pp. 19-22, § 28). Moreover, this element was not the determining factor in the Court’s conclusion.”

com inobservância das garantias formais exigidas num interrogatório formal, como a presença de um advogado<sup>379</sup>.

Referida assertiva pode ser extraída do julgamento do caso *Bykov versus Rússia*, de 10 de março de 2009<sup>380</sup>.

Segundo consta, o acusado, um deputado da Assembleia Parlamentar Regional de Krasnoyarsk, teria ordenado a um membro de seu partido conhecido como *V.*, que matasse *S.*, seu ex-sócio.

*V.* recusou-se a cumprir a ordem e delatou o ocorrido ao Serviço de Segurança da Federação Russa (F.S.B.), entregando, no dia seguinte, a arma que teria recebido do requerente para a consumação do delito.

Foi instaurado um procedimento investigativo em relação a *Bykov* e, dias após, a F.S.B. e a polícia decidiram infiltrar *V.* como um agente, para adquirirem provas acerca da intenção do acusado em assassinar *S.*

*V.*, sob instruções da polícia e carregando um dispositivo de transmissão de rádio escondido, foi visitar o acusado em sua propriedade. Segundo a decisão, o acusado recebeu o agente em sua *guest house*, ligada em sua residência. De acordo com as instruções, *V.* iniciou com o recorrente uma conversa dizendo que havia assassinado *S.* Como prova do crime, *V.* entregou diversos objetos pessoais de *S.*

---

<sup>379</sup> No caso *Allan versus The United Kingdom*, de 5 de fevereiro de 2003, a Corte pontuou que “the recordings made of the applicant in the police station and prison when he was with Leroy Grant, J.N.S. and H. and the testimony of H. who had been placed in the applicant's cell by the police to obtain evidence against him constituted the principal evidence relied on by the prosecution at his trial. The Court observes, firstly, that as in *Khan* the material obtained by audio- and video-recordings was not unlawful in the sense of being contrary to domestic criminal law. Similarly, there is no suggestion that any admissions made by the applicant during the conversations taped with Leroy Grant and J.N.S. were not voluntary in the sense that the applicant was coerced into making them or that there was any entrapment or inducement. Indeed, the applicant has stated that he was aware that he was possibly being taped while in the police station (parágrafos 45-46). No entanto, *in casu*, a Corte entendeu violado o privilégio contra a auto incriminação, pois, a prova “adduced at the applicant's trial showed that the police had coached H. and instructed him to ‘push him for what you can’. In contrast to the position in *Khan*, the admissions allegedly made by the applicant to H., and which formed the main or decisive evidence against him at trial, were not spontaneous and unprompted statements volunteered by the applicant, but were induced by the persistent questioning of H., who, at the instance of the police, channelled their conversations into discussions of the murder in circumstances which can be regarded as the functional equivalent of interrogation, without any of the safeguards which would attach to a formal police interview, including the attendance of a solicitor and the issuing of the usual caution. While it is true that there was no special relationship between the applicant and H. and that no factors of direct coercion have been identified, the Court considers that the applicant would have been subjected to psychological pressures which impinged on the ‘voluntariness’ of the disclosures allegedly made by the applicant to H.: he was a suspect in a murder case, in detention and under direct pressure from the police in interrogations about the murder, and would have been susceptible to persuasion to take H., with whom he shared a cell for some weeks, into his confidence. In those circumstances, the information gained by the use of H. in this way may be regarded as having been obtained in defiance of the will of the applicant and its use at trial impinged on the applicant's right to silence and privilege against self-incrimination (parágrafo 52).

<sup>380</sup> Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91704#{\"itemid\":\[\"001-91704\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91704#{\), acesso em 28 de outubro de 2015.

No que guarda relação com o presente trabalho, o acusado recorreu para o Tribunal de Estrasburgo alegando que a polícia havia empregado artifícios para obter declarações autoincriminatórias e que tais declarações foram utilizadas como prova no julgamento, o que implica em violação ao privilégio contra a autoincriminação, previsto no artigo 6 da Convenção.

Inicialmente, a Corte Europeia examinou se a operação sigilosa realizada e a utilização das provas obtidas por esse meio implicaram em uma violação ao direito do requerente de não se incriminar e de permanecer em silêncio. Como mencionado, o requerente alegou que a polícia ultrapassou os limites toleráveis ao gravar secretamente sua conversa com V., que agia de acordo com as instruções fornecidas pelas autoridades policiais; afirmou, também, que sua condenação decorreu de subterfúgios incompatíveis com a noção de julgamento justo<sup>381</sup>.

Antes de analisar mérito, a Corte, rememorou o julgamento proferido no caso *Heglas*<sup>382</sup>, no qual examinou alegações semelhantes. No caso *Heglas*, o recorrente, no curso de uma conversa com uma pessoa que havia sido equipada, pela polícia, com um dispositivo de escuta escondido sob as suas roupas, admitiu ter participado de um roubo. A Corte rejeitou o pedido do recorrente relativo à utilização das gravações, por concluir que, ao recorrente, foram asseguradas as garantias do *adversarial proceeding*, pelo fato de que sua condenação se baseara também em provas distintas da gravação impugnada e que a medida tinha como objetivo detectar uma infração grave, atendendo, assim, ao interesse

---

<sup>381</sup> Cf. parágrafo 99, do caso *Bykov v. Russia*.

<sup>382</sup> O julgado refere-se ao caso *Helgas v. Czech Republic*, de 1º, de março de 2007, no qual restou decidido que “89. La Cour souligne que la question fondamentale en l'espèce consiste à savoir si la procédure pénale était équitable dans son ensemble, offrant les garanties des droits de défense au requérant. Elle note à cet égard que le requérant a été entendu devant le tribunal de première instance et a pu donc débattre de l'enregistrement effectué à son insu. Il a pu faire valoir devant cette juridiction, puis devant la cour supérieure ainsi que devant la Cour constitutionnelle toutes les observations jugées nécessaires sur l'enregistrement. Les mêmes arguments sont d'ailleurs valables pour l'utilisation de la liste chronologique des appels téléphoniques entre le requérant et A.M comme moyen de preuve. Désormais, la Cour ne peut que constater que la condamnation du requérant est intervenue à la suite d'une procédure contradictoire. 90. La Cour attache du poids à la circonstance que l'enregistrement litigieux et la liste des appels téléphoniques, bien que décrites par le tribunal municipal comme les preuves les plus importantes ou essentielles, n'ont pas constitué deux seuls moyens de preuve soumis à l'appréciation souveraine des juges. Pour ce qui est, plus précisément, de l'enregistrement en question, la Cour observe que A.B., ayant été entendue lors de l'audience devant le tribunal municipal, a confirmé le contenu de son dialogue avec le requérant (voir paragraphe 21 ci-dessus). Autant d'éléments de preuve parmi lesquels l'enregistrement litigieux et la liste ont, certes, compté, voire prévalu au cours de préparation du jugement du tribunal municipal, sans pour autant qu'ils aient constitué les éléments uniques ayant forgé l'intime conviction du tribunal. 91. S'agissant du poids de l'intérêt public à l'utilisation des éléments de preuve pour la condamnation du requérant, la Cour observe que la mesure visait l'auteur d'une infraction grave causant des préjudices à une tierce personne et qui s'est finalement vu infliger une peine d'emprisonnement de neuf ans de prison ferme. 92. Dès lors, et eu égard à sa jurisprudence précitée, la Cour considère que l'utilisation de l'enregistrement litigieux ainsi que la liste des conversations téléphoniques par les juridictions nationales n'a pas enfreint le droit du requérant à un procès équitable. 93. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.”



público envolvido na persecução e punição dos autores. Motivou, também, no fato de que o requerente, antes da gravação, não havia sido oficialmente interrogado sobre a infração ou acusado da mesma<sup>383</sup>.

O Tribunal de Estrasburgo se preocupou, ainda, em diferenciar o caso Heglas do Allan. Para a Corte, as circunstâncias da operação conduzida no processo Heglas eram essencialmente diferentes daquelas do caso Allan, em que se verificou uma violação do artigo 6, da Convenção. Neste último, o requerente, preso preventivamente, manifestou o seu desejo de permanecer em silêncio quando interrogado pelos investigadores. No entanto, a polícia preparou o companheiro de cela do requerente para tirar proveito do estado vulnerável e sensível que se encontrava, após longos períodos de interrogatório. A Corte, baseando-se na combinação destes fatores, ponderou que o comportamento das autoridades constituía coerção e opressão e considerou que as informações obtidas desafiaram a vontade do requerente<sup>384</sup>.

No mérito, após registrar as circunstâncias dos casos Heglas e Allan, a Corte observou que o recorrente não esteve sob nenhuma pressão para receber V., para falar com ele ou para fazer observações específicas sobre as questões suscitadas pelo agente infiltrado. Ao contrário do caso Allan, o recorrente não se encontrava preso, mas em liberdade, nas suas próprias instalações, com a presença de seguranças e outras pessoas. A natureza de suas relações com V. – subordinação deste último ao requerente – não lhe impunha qualquer forma particular de comportamento. Em outras palavras, o requerente era livre para ver V. e falar com ele, ou recusar-se a fazê-lo. Ademais, o peticionário estava disposto a continuar a conversa iniciada por V., porque possuía interesse pessoal no assunto. Assim, diante destas circunstâncias, a Corte não se convenceu de que as provas foram obtidas por meio de coação ou opressão<sup>385</sup>.

A Corte também atribuiu peso ao fato de os tribunais nacionais não terem se baseado diretamente nos registos das conversas do recorrente com o agente infiltrado ou na sua transcrição e não terem procurado interpretar declarações específicas durante a conversa; em vez disso, examinaram o relatório pericial elaborado sobre a conversa, para avaliar suas relações com V. e a forma como ele se envolveu no diálogo. Ademais, reconheceu que, no âmbito interno, a gravação não foi tratada como uma simples confissão

---

<sup>383</sup> Cf. parágrafo 100, do caso Bykov v. Rússia.

<sup>384</sup> Cf. parágrafo 101, do caso Bykov v. Rússia.

<sup>385</sup> Cf. parágrafo 102, do caso Bykov v. Rússia.

ou uma admissão capaz de, por si só, induzir à culpa pelo crime cometido, mas, tão somente, desempenhou um papel limitado em um conjunto complexo de provas<sup>386</sup>.

Diante disso, a Corte concluiu que a natureza e o grau de coação, considerados no seu conjunto, não eram contrários aos requisitos de um processo justo, não havendo, portanto, violação ao privilégio contra a autoincriminação.

Ao mesmo tempo, a Corte entende que esses métodos (utilização de agente infiltrado e colheita de provas através de embuste), somente podem ser utilizados para obter provas referentes às ofensas já praticadas, e não para incitar o cometimento de crimes.

É o que se infere no julgamento proferido no caso *Ramanauskas versus Lithuania*, de 5 de fevereiro de 2008. Neste caso, ponderou a Corte que,

*“(...) embora permitida a utilização de agente infiltrado, (...) o interesse público não pode justificar a utilização de provas obtidas como resultado de incitamento policial, pois isso poderia expor o arguido ao risco de ser definitivamente privado de um julgamento justo ab initio (conferir, entre outros, Teixeira de Castro, citado, §§ 35-36 e 39, Khudobin, citado, § 128, e Vanyan c. Rússia, n. ° 53203/99, §§ 46-47, de 15 de dezembro de 2005). A incitação policial ocorre quando os agentes envolvidos – membros das forças armadas ou pessoas que agem segundo suas instruções – não se limitam a investigar a atividade criminosa de uma forma essencialmente passiva, mas exercem influência tal sobre o assunto que incita a prática de infração que, de outro modo, não teria sido cometida.”<sup>387</sup> (tradução nossa)*

Assim, concluiu que

*“(...) Tendo em conta a importância e as dificuldades da investigação das infrações, a Corte considera, pelo exposto, que as ações de AZ e VS tiveram por efeito incitar o requerente a cometer o crime pelo qual foi condenado e que não há indícios de que a infração teria sido praticada sem suas intervenções. Em vista dessa intervenção (e sua utilização no processo penal),*

<sup>386</sup> Cf. parágrafo 103, do caso *Bykov v. Russia*.

<sup>387</sup> Cf. parágrafos 54 e 55, do caso *Ramanauskas v. Lithuania*. No original, “54. Furthermore, while the use of undercover agents may be tolerated provided that it is subject to clear restrictions and safeguards, the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement, as to do so would expose the accused to the risk of being definitively deprived of a fair trial from the outset (see, among other authorities, Teixeira de Castro, cited above, §§ 35-36 and 39; Khudobin, cited above, § 128; and Vanyan v. Russia, no. 53203/99, §§ 46-47, 15 December 2005). 55. Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution (see Teixeira de Castro, cited above, § 38, and, by way of contrast, Eurofinacom v. France (dec.), no. 58753/00, ECHR 2004-VII).”

*o julgamento do requerente foi privado da lealdade exigida pelo artigo 6 da Convenção. Houve, portanto, violação ao parágrafo 1, do artigo 6, da Convenção.*<sup>388</sup> (tradução nossa)

## **5. Seria possível sistematizar o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos?**

Após analisar diversos casos, tentaremos sistematizar o posicionamento do Tribunal de Estrasburgo.

Conquanto essa tarefa seja difícil<sup>389</sup>, pensamos ser possível traçar um panorama geral, apresentando elementos nucleares usualmente seguidos em seus julgados.

De acordo com a jurisprudência analisada, podemos afirmar que, para o sistema europeu, o direito ao silêncio não é absoluto, admitindo inferências negativas quando o acusado se recusa a falar, desde que: a) tenha sido devidamente informado sobre seu direito de permanecer em silêncio e compreendido a possibilidade de inferências negativas, caso opte em permanecer calado; b) que a compulsão, caso empregada, seja justificada e em grau tal que não configure tortura, situação essa aferida a partir do caso concreto, e que incida somente sobre provas que possuam existência independente da vontade do acusado; c) que a situação exija uma explicação; e d) que o princípio da presunção de inocência seja respeitado, também no sentido de não permitir a inversão do ônus da prova em prejuízo do acusado, o que será aferido no caso concreto.

Ao que parece, presentes esses requisitos, a atual jurisprudência da Corte Europeia entende não haver violação do artigo 6, da Convenção.

É possível afirmar que a sistematização acima descrita se aplica a todos os tipos de crimes, terrorismo, inclusive, pois não encontramos nenhum julgado excepcionando-a.

---

<sup>388</sup> Cf. caso *Ramanauskas v. Lithuania*, parágrafos 73 e 74. No original, “73. (...) while being mindful of the importance and the difficulties of the task of investigating offences, the Court considers, having regard to the foregoing, that the actions of AZ and VS had the effect of inciting the applicant to commit the offence of which he was convicted and that there is no indication that the offence would have been committed without their intervention. In view of such intervention and its use in the impugned criminal proceedings, the applicant’s trial was deprived of the fairness required by Article 6 of the Convention. 74. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

<sup>389</sup> Pois em alguns casos, como *Saunders e Heaney* e *McGuinness*, os acórdãos demonstram uma abordagem clara e cheia de especificidades, mas outros casos, como *Funke*, parecem turvar o enfoque do privilégio contra a autoincriminação. Não olvidemos os casos envolvendo questões tributárias, não seguem as bases firmadas no julgamento proferido no caso *Saunders*.

No entanto, deve ser enfatizado que a presença de tantos requerimentos pode permitir uma interpretação do privilégio em detrimento da pessoa do acusado.

## 6. Análise crítica

Até o presente momento, traçamos o desenvolvimento do privilégio contra a autoincriminação no Tribunal de Estrasburgo, tentando mapear as origens do reconhecimento na Corte Regional, os fundamentos, princípios, exceções e qualificações que foram reconhecidas ao longo da jurisprudência da Corte. Cremos que o próximo passo é justamente avaliar essa evolução.

Inicialmente, é interessante sublinhar a recorrente ligação que os julgados fazem entre o privilégio contra a autoincriminação e a presunção de inocência, com a finalidade de evitar *equivocos da justiça*. Assim, com esta visão, a Corte Europeia de Direitos Humanos assentou que a acusação, nas causas criminais, deve fornecer todas as provas de suas alegações, sem se valer de métodos de coerção ou opressão contrários à vontade do acusado.

Tal concepção decorre do fato de o acusado não possuir qualquer obrigação de fornecer provas contra si mesmo. Assim, uma das implicações do reconhecimento da autonomia de cada cidadão deve ser que não há nenhum dever, apoiado por uma sanção, de participar ativamente em favor do Estado, em relação às infrações penais.

Para a Corte Europeia, isso não quer dizer que poderes compulsórios de obtenção de provas inexistam. A própria evolução jurisprudencial demonstra o contrário<sup>390</sup>. O privilégio contra a autoincriminação, no âmbito teórico, é projetado para evitar que o cidadão seja obrigado a participar do fornecimento de qualquer tipo de material probatório<sup>391</sup>.

Este delineamento pressupõe uma particular relação entre o cidadão e o Estado, representado no contexto da justiça criminal. É obrigação do Estado manter a lealdade e

---

<sup>390</sup> Como nos casos envolvendo questões tributárias, deveres de identificação, ou, ainda a categoria de provas existentes independe da vontade do acusado.

<sup>391</sup> No tocante à *funcionalidade* do princípio *nemo tenetur se detegere*, Nereu José Giacomolli, afirma que “se pretende evitar que condutas ativas ou passivas do suspeito ou do imputado possam incriminá-lo, produzir ou influir na produção de provas e no convencimento do julgador”. Cf. N. J. GIACOMOLLI, *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 197.

efetividade da justiça criminal para todos os cidadãos, incluindo vítimas, suspeitos, acusados e condenados.

A presunção de inocência equilibra esta particular relação, impedindo que o Estado exerça seus ilimitados poderes coercitivos. Logo, é possível afirmar que a adesão do privilégio contra autoincriminação à presunção de inocência reforça a premissa de que não se pode exigir que uma pessoa forneça provas contra si mesma, independente da acusação contra ela perpetrada<sup>392</sup>.

Este deve ser o significado prático do princípio *nemo tenetur se detegere*<sup>393</sup>.

Se este é o papel do privilégio contra a autoincriminação, a questão que se coloca é analisar se seria adequado reconhecer a *existência de deveres de cooperação* que poderiam pesar contra os cidadãos.

Dentro dos casos analisados, existiria um dever de se identificar, fornecendo nome e endereço?

Haveria um dever em responder questões dentro do âmbito tributário?

O proprietário estaria obrigado a declarar quem conduzia seu veículo em determinada data?

Muitas outras indagações caberiam aqui.

---

<sup>392</sup> No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci defende que “A imunidade à autoacusação significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental de poder o réu manter-se calado diante de qualquer acusação (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal.” Cf. G. S. NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, p. 35.

<sup>393</sup> Para Nereu José Giacomolli, o princípio *nemo tenetur* engloba “(a) a negativa em declarar, ou seja, de permanecer em silêncio ou responder somente ao questionamento que não resulte em autoincriminação; (b) condutas ativas, tais como o comparecimento à reconstituição dos fatos, comparecimento para depor, fornecimento de documentos para exames grafotécnicos e assoprar no etilômetro; (c) comparecimentos passivos que possam induzir à formação de substrato probatório incriminatório (*nemo tenetur se ipsum accusare*), tais como a submissão ao reconhecimento e à extração coativa de material para ser analisado (coleta de sangue, de esperma, de saliva, urina, v.g.); (d) a invasividade interna, como a instrução de agulhas para extração de sangue ou de outros líquidos do corpo, a introdução de substâncias químicas via sondas (eméticos, v.g.), a intervenção cirúrgica, com o objetivo de obtenção de prova (implante subcutâneo, v.g.); (e) a invasividade externa, por manter relação com a interna, como a extração de cabelos, pelos, unhas. Abrange, portanto, uma complexidade de comportamentos, condutas, circunstâncias autoincriminatórias, não só a exteriorização do pensamento mediante declaração; (f) a impossibilidade de interpretar-se o silêncio ou o não-fazer contra o sujeito. A ‘colaboração’ do suspeito ou do acusado, quando não voluntária, fere o estado de inocência e a ampla defesa. Portanto, não importa ser essa ‘cooperação’ ativa ou passiva, declaratória ou comportamental, nem o grau ou nível de intensidade.” Cf. N. J. GIACOMOLLI, *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 193.

Em princípio, pensamos que tais deveres são incompatíveis com a proteção conferida pelo princípio *nemo tenetur*, principalmente aquelas impostas no âmbito de um processo penal.

Não se sustenta o argumento de que o grau de violação do privilégio contra a autoincriminação, nesses casos, deve ser *equilibrado* contra o interesse público existente, por exemplo, na segurança rodoviária<sup>394</sup>, pois simplesmente incompatível com o respeito aos direitos humanos previstos na Convenção.

No entanto, nota-se que os julgamentos mais recentes apresentam progressivamente amplos argumentos exceptivos, que, pensamos, não devem ser seguidos. Deixa a desejar o argumento apresentado nas decisões mais recentes de que, quanto menor a resposta estatal, mais devemos estar inclinados para excepcionar o princípio *nemo tenetur*.

Controversa, também, a possibilidade de coletar materiais existentes independentemente da vontade do acusado (“*which has an existence independent of the will of the suspect*”, caso Saunders, parágrafo 69). A controvérsia surge do fato de que a força que pode ser empregada para obter amostras de sangue ou cabelo pode ser maior, ou pelo menos mais humilhante e fisicamente mais dolorosa, do que a coerção mais remota, como imposição de multas por não falar ou por se recusar a entregar documentos.

O Tribunal de Estrasburgo, no entanto, mantém tais tipos de coação fora do âmbito de proteção do privilégio contra a autoincriminação. Argumenta-se que tais investidas não requerem a cooperação do suspeito, ao passo que a coerção para falar ou entregar documentos opera diretamente na mente do suspeito. Tal argumento, segundo pensamos, não passa de um jogo de palavras destinado a defender uma prática que quiçá possa ser justificada por razões pragmáticas.

Um último ponto que merece atenção seria como o princípio *nemo tenetur* deve ser aplicado no âmbito processual penal.

No julgamento do caso Jalloh *versus* Alemanha, a Corte deixou transparecer ainda mais a ideia de que o privilégio contra a autoincriminação poderia assumir uma feição mais significativa nos casos em que o interesse público na investigação e aplicação da pena do crime é alta.

---

<sup>394</sup> Rememoremos que o interesse público também serviu como contrapeso no já mencionado caso Jalloh v. Germany, no qual “*the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence at issue*” foi apresentado como um dos três critérios para determinar se o privilégio contra a autoincriminação foi violado num determinado caso.

Este julgamento, no entanto, deixou de discutir aspectos alicerçados nos julgamentos pretéritos. Ao invés disso, a Corte introduziu uma espécie de proporcionalidade ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que foi aplicada nos casos subsequentes, mas que, acreditamos, não encontra lugar no direito ao *julgamento justo*, previsto no artigo 6, da Convenção.

A forma encontrada pela Corte para balancear o interesse público contraria as razões que justificaram o reconhecimento do privilégio contra a autoincriminação (presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, evitar erros da justiça, dentre outros) e que garantiram ao *nemo tenetur* um lugar dentro do conjunto de direitos aplicáveis na justiça criminal e protegidos pela Convenção.

Como resultado do julgamento do caso Jalloh, a futura aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*, na Corte Europeia de Direitos Humanos, constitui um leque de (incertas) possibilidades.

Após a análise de diversos casos, concluímos que a Corte Europeia de Direitos Humanos não tem resgatado os princípios anteriormente alicerçados, que reafirmaram a importância do privilégio contra a autoincriminação como parte do núcleo de direitos essenciais da justiça penal.

## **7. Súmulas dos julgados realizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos**

### **7.1. Casos em que houve o reconhecimento da violação ao princípio *nemo tenetur se detegere***

- a) Acusados multados por não apresentar demonstrativos de movimentação financeira (caso Funke), ou documentos que comprovem investimentos (caso J.B.), ou ser multado por se recusar a depor (caso Shannon), ainda que as multas sejam aplicadas fora do contexto subjacente ao processo penal, tenham valores insignificantes e independentemente de eventual absolvição das acusações originais (caso Shannon).
- b) Acusado legalmente obrigado a cooperar com a investigação sobre as transações empresarias, subsequentemente preso por fraude, apuradas dentro do contexto do interrogatório (caso Saunders).

- c) Inversão do ônus da prova, obrigando o proprietário do veículo envolvido em acidente de trânsito a revelar a identidade do condutor (caso Telfner; atenção especial deve ser dada ao caso O'Halloran and Francis, no qual o julgamento envolvendo acidente de trânsito e fuga diferiu substancialmente do caso Telfner.).
- d) Inferências negativas ou adversas extraídas a partir do silêncio do acusado desacompanhado de advogado durante o interrogatório realizado após a prisão e utilizado como fundamento para o decreto condenatório (caso John Murray).
- e) Confissões obtidas em circunstâncias intimidatórias logo após a prisão e sem direito de acesso a advogado (caso Magee).
- f) Confissões extraídas de acusados convocados a depor na condição de testemunhas, desacompanhados de advogado e que serviram como fundamento para a condenação (caso Shabelnik).
- g) Condenações fundadas em declarações feitas *sob juramento* por testemunhas sob custódia da polícia, desacompanhadas de advogados e sem ser formalmente informada sobre o direito de permanecer em silêncio (caso Brusco).
- h) Utilização de agente infiltrado como companheiro de cela do acusado detido com a finalidade de obter a confissão acerca do delito cometido, confissão essa declarada a partir de persistentes questionamentos provocados pelo agente infiltrado, treinado de antemão pelos investigadores (caso Allan; mas ver caso Bykov, em que a aplicabilidade de tal princípio foi menos rigorosa).
- i) Aplicação forçada de eméticos para extrair provas materiais do estômago (drogas), que violem também o artigo 3, da Convenção (casos Jalloh, Bogumil).
- j) Júri que extrai inferências negativas a partir do silêncio do acusado, por não ter o juiz responsável instruído o corpo de jurados sobre a legalidade da conduta (caso Beckles).



**7.2. Casos em que não houve o reconhecimento da violação ao princípio *nemo tenetur se detegere***

- a) Obrigação legal imposta aos proprietários de veículos fotografados por radar de fornecer informações sobre o motorista que conduzia com excesso de velocidade. O fundamento seria a natureza do crime, considerado de pouca gravidade, o interesse público em garantir a segurança nas vias públicas e o acordo tácito que impõe a obrigação de testemunhar, que surge quando o indivíduo se dispõe a adquirir veículo automotivo (caso O'Halloran e Francis).
- b) Multa imposta ao proprietário de veículo que trafegava em excesso de velocidade, por enganar os responsáveis pela prisão indicando como motorista pessoa inexistente quando da prática do crime (caso Weh).
- c) Multa imposta à testemunha que se recusa a depor em julgamento criminal de terceiros, o que se justifica pela boa administração da justiça (caso Serves).
- d) Inversão do ônus da prova em relação às ofensas consideradas acessórias, como no caso Salabiaku, em que o recorrente foi pego com drogas no aeroporto, decorrente de contrabando (considerado pela Corte como infração acessória), desde que a posse dos entorpecentes (ofensa considerada como primária pelo Tribunal) esteja provado além de qualquer dúvida razoável.
- e) Inversão do ônus da prova, exigindo que o acusado condenado por tráfico de drogas comprove que as propriedades e demais bens foram adquiridos de forma legítima (caso Phillips).
- f) Extração de drogas escondidas no corpo do acusado (decisão tomada por médicos e não por policiais), tendo por escopo proteger a saúde do requerente (obrigação legal), e que não constituam parte substancial no contexto probatório (caso Bogumil; mas, posição diversa foi adotada no caso Jalloh).

- g) Confissões feitas sob ameaça de tortura, que permitem chegar a *provas reais* utilizadas no julgamento, impugnadas, mas não excluídas, quando tais provas tiverem influência suplementar e não forem determinantes para a condenação (caso Gäfgen).
- h) Confissões ofertadas após a prisão, nos casos em que os acusados renunciem seus direitos processuais, incluído o direito a um advogado<sup>395</sup>.
- i) Utilização de gravações clandestinas como prova adicional para fundamentar a condenação, ainda que violadoras do direito interno e da vida privada protegida pelo artigo 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (casos Schenk; Khan).
- j) Drogas encontradas durante busca desacompanhada de mandado, envolvendo a invasão em propriedade privada do acusado, ainda que constitua prova decisiva para a condenação (caso Lee Davis).
- k) Utilização de agente infiltrado para enganar o recorrente a admitir a realização de planejamento de assassinato, ainda que essas admissões incidam decisivamente na condenação por tentativa de homicídio (caso Bykov; mas, notar que no caso Allan a Corte aplicou padrões mais rigorosos).

---

<sup>395</sup> No caso *Zhelezov v. Rússia*, de 23 de abril de 2002, o acusado de homicídio, espontaneamente confessou que havia matado seu pai sob influência de álcool. Formalmente informado de todos seus direitos (a um advogado, inclusive), o acusado, livre de qualquer pressão, declarou que “so far does not need a defence counsel”. Com fundamento em diversos testemunhos e perícias, o acusado foi condenado a doze anos de prisão, pela prática de homicídio qualificado. Na Corte Europeia de Direitos Humanos *Zhelezov* alegou violação do artigo 6, da Convenção, pois sua condenação ocorreu por força das declarações autoincriminatórias, feitas quando da prisão. Para o Tribunal de Estrasburgo, “on 7 August 1997 the applicant was interrogated and wrote a confession without a lawyer being present. It is further noted, on the basis of the interrogation record of 7 August 1997, that the applicant was aware of the statutory right to be represented by a lawyer already at that stage, and that he refused to be represented by any defence counsel (see, by contrast, the Brennan case cited above, loc. cit., §§ 46-48). There is no evidence that the applicant was in any manner influenced to waive that right, that he was forced to answer the investigator’s questions, or that he was in any way intimidated to make self-incriminating statements. (...) The Court notes in this respect that the statements of the applicant of 7 and 8 August 1997 constituted only part of the evidence upon which his conviction was based. The Court also reiterates its findings above that on 7 and 8 August 1997 the applicant did not lack means and was not prevented from employing a lawyer of his choosing, that he was not required to answer the interrogators’ questions in the alleged absence of a lawyer, and that he was not intimidated into making self-incriminating statements (see, by contrast, *Magee v. the United Kingdom*, no. 28135/95, 6.6.2000, ECHR 2000-VI, where the applicant had been prevented for 48 hours from having access to a solicitor, had been held in the intimidating atmosphere, and had made damaging admissions later relied on at his trial). (...) It has not been shown that, in the circumstances, the use of the incriminating statements obtained on 7 and 8 August 1997 on which to base the applicant’s conviction rendered his trial unfair. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded.” Com esses argumentos, a Corte Europeia de Direitos sequeu admitiu o pedido. O caso *Zhelezov* encontra-se disponível em <http://echr.ketse.com/doc/48040.99-en-20020423/view/>, acesso em 30 de outubro de 2015.

## CAPÍTULO VII – O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE COMPARADA

### 1. Considerações preliminares: o método comparado

O sistema de comparação possui longa tradição entre os estudiosos. Não raro nos deparamos, por exemplo, com estudos comparando suas leis domésticas com outros sistemas, às vezes nacionais, às vezes internacionais.

O método comparado também é aplicado nos tribunais. No entanto, devido talvez aos seus efeitos, os tribunais se limitam a “*tomar emprestado*” o discurso jurídico de outros países, integrando-o na fundamentação destinada à solução da causa<sup>396</sup>.

Não obstante, justamente o processo de comparação é o que representa o aspecto mais complicado e mais crucial do direito comparado. Jaakko Husa, professor da Universidade de Joensuu, Finlândia, destaca que

---

<sup>396</sup> Outra não foi, a propósito, a postura da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, de 29 de novembro de 2016. No voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que “41. (...) *Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal, na França e na Bélgica*”. E, mais adiante, “46. *Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso Roe v. Wade, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade. De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um standard capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 47. Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.*” (cf. parágrafos 41 e 46 e 47).

“A literatura de direito comparado é, às vezes, bastante confusa, ocasionalmente, até mesmo levemente perturbadora. Especialmente se alguém está interessado em metodologia de direito comparado, isto é, a questão sobre como fazer o direito comparado. O direito comparado e os estudos jurídicos comparados são, hoje, vastos campos com diferentes orientações acadêmicas, debates internos e até mesmo escolas de pensamento com orientações acadêmicas muito diferentes. Para citar alguns: há aqueles que buscam semelhanças, aqueles que preferem enfatizar as diferenças, aqueles que estão interessados no direito ocidental, aqueles que estão interessados no direito não-ocidental, existem generalistas e há especialistas em determinado país. Como uma disciplina acadêmica, o estudo de direito comparado desenvolveu uma ampla gama de estilos internos e debates metodológicos, normalmente refletindo os mesmos debates que ocorrem na academia jurídica em geral.”<sup>397</sup> (tradução nossa)

No que diz respeito ao objeto de comparação nas Cortes Regionais de Direitos Humanos, não podemos olvidar que, tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cotejam as leis e os sistemas legais dos Estados Membros com suas respectivas Convenções, a fim de encontrar um consenso entre os países que se comprometeram a respeitar os tratados assinados. Nesse sentido, o que as Cortes de Direitos Humanos procuram estabelecer, na verdade, são *standards* mínimos de proteção.

Ao lado disso, os julgados denotam que as Cortes Regionais de Direitos Humanos impõem obrigações positivas aos Estados Membros, infligindo deveres com o objetivo de garantir o pleno exercício dos direitos humanos.

Por conta destes elementos fundamentais e particularidades, a análise comparativa não será limitada aos métodos exclusivamente *funcionalistas* ou *contextualistas*<sup>398</sup>, mas, sim, a uma metodologia mais flexível, que sublinha valores e princípios, o escopo, eventuais limites, que enfoca em como o problema é resolvido dentro dos sistemas, explora suas diferenças e singularidades na perspectiva de tratamento do problema, dentre outros<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> Cf. J. HUSA, *About the methodology of comparative law...*, p. 3. No original, “comparative law literature is sometimes quite confusing, occasionally even slightly disturbing. Especially if one is interested in comparative law methodology i.e. the question concerning how to do comparative law. Comparative law and comparative legal studies are today vast fields with different scholarly orientations, inner debates and even schools of thought with very different academic orientations. To name a few: there are those who seek similarities, those who prefer to stress differences, those who are interested in western law, those who are interested in non-western law, there are generalists and there are country-specialists. As an academic discipline comparative study of law has developed a wide range of internal styles and methodological debates normally reflecting the same debates that take place in legal academia in general.”

<sup>398</sup> Sobre o assunto, cf. J. HUSA, *About the methodology of comparative law...*, p. 5 em diante.

<sup>399</sup> Oportuna a observação de Sabine Gless e Jeannine Martin: “Because of the methodological flaws, there is no such thing as ‘the comparative method’ (even if the title of this article suggests otherwise) and – perhaps

Nas palavras de Jaakko Husa<sup>400</sup>, o estudo comparado precisa de uma percepção flexível de metodologia comparativa.

A ideia de flexibilidade metodológica facilita a decisão de não limitar a pesquisa por falhas de determinada metodologia. Isso abre uma visão muito melhor para o estudo comparado, melhor que ficar atado a um único e quiçá desatualizado método ou ficar constantemente emaranhado com peculiares paradoxos metodológicos e debates de tudo ou nada. Nesta ordem de ideias, Jaakko Husa é enfático em afirmar que

*“Precisamos de uma concepção flexível de metodologia de estudo de direito comparado, ao invés das cruéis dicotomias em preto-e-branco, que convidam os aspirantes a comparatistas a caírem em diferentes buracos metodológicos. Finalmente, podemos dizer adeus à ideia de um método de direito comparado e saudar a ideia de múltiplos métodos de direito comparado.”*<sup>401</sup> (tradução nossa)

Dessa forma, sem jamais abandonar o discurso crítico, optamos por oferecer, no presente capítulo, uma abordagem multidisciplinar de estudo comparado, enaltecendo, como mencionado, valores, fundamentos, natureza, limites, dentre outros.

## 2. Conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere*

### 2.1. A compulsão como elemento negativo

Emerge da análise da jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana um elemento chave na proteção contra a autoincriminação, denominado, por ambas, de compulsão<sup>402</sup>. A compulsão é proibida em ambos os tribunais.

---

even more importantly – the validity of comparative work is, by and large, in the eye of the beholder.” Cf. S. G e J. M., *The comparative method...*, p. 37, destaque no original.

<sup>400</sup> Cf. J. HUSA, *About the methodology of comparative law...*, p. 18.

<sup>401</sup> Cf. J. HUSA, *About the methodology of comparative law...*, p. 18. No original, “We need a *flexible understanding of methodology of comparative study of law* instead crude black-and-white dichotomies inviting would-be-comparatists to fall into different methodological rabbit-holes. Finally we may say farewell to the idea of *one* comparative-law-method and welcome the idea of *multiple* comparative-law-methods.” (itálicos no original)

<sup>402</sup> Definida como “imposição interna irresistível que leva o indivíduo a realizar determinado ato ou a comportar-se de determinada maneira”, pelo dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (versão eletrônica), verbete compulsão.

A noção de compulsão encontra-se explícita na alínea ‘g’ e no tópico 3, do artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos (“*direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*” e “*a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza*”, respectivamente). A Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, declarou no caso *Saunders*, como uma forma de evitar equívocos da justiça, a proteção do acusado contra meios impróprios de *compulsão* pelas autoridades<sup>403</sup>.

No caso *Funke*, a Corte Europeia fez uma breve menção à compulsão empregada pelas autoridades francesas contra o acusado, forçando-o a produzir documentos incriminatórios que acreditavam existir<sup>404</sup>.

Por sua vez, no caso *Saunders*, a Corte Europeia interpretou o sentido do termo compulsão mais detalhadamente. Neste caso, a Corte assentou que a mera ameaça de punição (ameaça de prisão, no caso) seria hábil a se qualificar como coerção no contexto do direito à não autoincriminação. Para a Corte Europeia, essa situação seria uma verdadeira *compulsão legal*<sup>405</sup>, o que seria inadmissível. Ficou assentado, portanto, que pouco importaria a severidade da ameaça de sanção: a imposição de uma multa ou mesmo a mera ameaça de imposição também seriam violatórias do direito ao silêncio, não estando, a compulsão, restrita à privação da liberdade.

No entanto, uma decisão proferida em 2003 ofuscou a jurisprudência até então desenvolvida.

No caso *King versus The United Kingdom*, já referido, a Corte Europeia rejeitou as alegações do acusado, ao fundamento de que a coerção empregada no interrogatório fornecido perante a autoridade policial não teria violado o direito ao silêncio, pois ele não havia sido processado pela ofensa originária, mas, sim, por ter desrespeitado outra obrigação legal.

De acordo com essa nova visão, para a jurisprudência da Corte de Estrasburgo, somente a compulsão *indevida* estaria proibida, o que inevitavelmente desencadeia a seguinte questão: quais seriam os limites da compulsão justificada?

A resposta seria, de acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que a compulsão física (ou mesmo legal) aplicada para forçar a autoincriminação jamais poderá alcançar o nível da tortura ou mesmo do tratamento

---

<sup>403</sup> Cf. parágrafo 68, do caso *Saunders versus United Kingdom*.

<sup>404</sup> Cf. parágrafo 44 do caso *Funke versus France*.

<sup>405</sup> Cf. parágrafo 70, do caso *Saunders versus United Kingdom*.

degradante ou desumano, proibidos pelo artigo 3, da Convenção Europeia. Tal orientação restou confirmada no caso *Jalloh versus Germany* e aplicada nos casos subsequentes. Neste caso, rememoremos, a Corte Europeia concluiu que a administração forçada de eméticos ao acusado violou os artigos 3 e 6 da Convenção. Todavia, o Tribunal de Estrasburgo se preocupou em distinguir esse caso da decisão proferida em *Saunders*.

Inicialmente, lembrou que o emético aplicado pelos agentes policiais contra o acusado Jalloh objetivou a produção de provas contra sua vontade (*in defiance of his will*). Esta seria, claramente, uma forma de coerção mais direta do que ameaçar alguém de prisão.

Em nossa visão, esses julgamentos permitem concluir que a compulsão (seja legal ou física) não difere somente no âmbito dogmático, mas, também, na esfera da severidade. Se as proposições legais que prevejam consequências negativas para aqueles que não aquiescem com a obrigação de responder perguntas é suficiente para violar o direito de permanecer em silêncio (*Saunders*), obrigar alguém a se ativar em fazer algo contra sua vontade constitui uma violação mais severa da garantia implicitamente reconhecida no artigo 6, da Convenção Europeia.

Em um segundo momento, a Corte lembrou que o *grau de força* utilizado no caso *Jalloh* diferiu significativamente do grau de coação empregado no caso *Saunders*<sup>406</sup>. Para a Corte, a obtenção de provas semelhantes àquelas adquirida no caso *Saunders* requer, apenas, a cooperação passiva do réu, uma vez que lhe é pedido para, tão somente, suportar o procedimento. " *Mesmo que seja necessária a participação ativa do acusado, observa-se, a partir do caso Saunders, que se trata de materiais produzidos pelo funcionamento normal do corpo (como, por exemplo, sopro, urina ou amostras de voz).*"<sup>407</sup> Em contrapartida, a compulsão imposta ao recorrente *Jalloh*, de regurgitar as provas, requereu a introdução forçada de um tubo pelo nariz e a administração de uma substância química, de modo a provocar uma reação patológica no seu corpo – muito mais grave, portanto.

Consequentemente, a obtenção coercitiva das provas referidas no caso *Saunders* seria permitida, ainda que necessário a utilização de força que exceda aquela usualmente requerida (dentro do conceito de *participação ativa* do acusado, acima citado).

Em um terceiro momento a Corte Europeia enfrentou o problema das provas obtidas através de tortura ou tratamento desumano e degradante. A Corte estabeleceu que a

---

<sup>406</sup> Cf. parágrafo 114, do caso *Jalloh versus Germany*.

<sup>407</sup> Cf. parágrafo 114, do caso *Jalloh versus Germany*. No original, "Even if the defendant's active participation is required, it can be seen from *Saunders* that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples)."

tortura não deve ser praticada sob nenhuma circunstância e que nenhuma ação justifica tal prática.

Na tentativa de compatibilizar esses julgados, podemos afirmar que a Corte Europeia, como assentado no caso Saunders, sugere que os *materiais que possuem uma existência independente da vontade do acusado*<sup>408</sup> podem ser obtidos através do emprego de compulsão, contanto que a coleta da prova não implique na violação do artigo 3, da Convenção.

No entanto, não podemos esquecer que, no julgamento do caso Jalloh, a Corte reconheceu a conexão entre os artigos 3 e 6, da Convenção. Na fundamentação do julgamento, a Corte levou em consideração, para apurar a ocorrência da violação, o interesse público da investigação e a pena *in concreto* aplicada. A Corte atentou que a medida questionada, qualificada *in casu* como tortura, atingiu um traficante que vendia uma pequena porção de drogas e foi apenado com apenas seis meses de prisão<sup>409</sup>.

Para a Corte Europeia, a ação policial intentada contra o recorrente Jalloh foi claramente desproporcional com o interesse público existente na persecução deste crime em particular<sup>410</sup>.

A postura da Corte Europeia nos leva a indagar as seguintes questões: existe uma área em que a violação do *privilégio* se justifica? Seria essa área destinada aos crimes mais graves, como, por exemplo, terrorismo? Se sim, o exercício do direito ao silêncio dependeria do crime envolvido?

Diante de tais questões podemos concluir que, no tocante à compulsão, a jurisprudência da Corte Europeia acabou por se tornar imprevisível e inquestionavelmente contradiz as bases teóricas aplicadas nos primeiros casos, como exemplo, Funke.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, também trabalha com o elemento *compulsão*. Os julgados denotam uma especial proteção conferida aos indivíduos submetidos ao interrogatório. Assim, a proteção se inicia desde as instâncias anteriores ao processo<sup>411</sup> e se aplica a todos os tipos de procedimento conduzidos pelo

---

<sup>408</sup> De acordo com o parágrafo 69, do caso Saunders versus The United Kingdom, “it does not extend to the use in criminal proceedings of **material which may be obtained from the accused** through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect.” (destacamos)

<sup>409</sup> Cf. parágrafo 119, do caso Jalloh versus Germany.

<sup>410</sup> De acordo com a parte final do parágrafo 119, do caso Jalloh versus Germany, “In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant’s conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity”.

<sup>411</sup> Cf. caso Maritza Urrutia versus Guatemala, parágrafo 120 e seguintes.



Estado<sup>412</sup>; além disso, abriga tanto a violência física<sup>413</sup>, como a psicológica<sup>414</sup>, sendo estritamente proibido o emprego de qualquer prática que resulte em tortura<sup>415</sup>.

Interessante sublinhar que, tanto a Corte Europeia como a Corte Interamericana, também reconhecem a pressão psicológica como uma forma de compulsão.

O fato de ambas as Cortes reconhecerem inequivocamente que o emprego de pressão física ou psicológica estão proibidas acrescenta um elemento negativo ao direito ao silêncio, cujo objetivo seria evitar condenações baseadas em confissões contrárias à verdade.

## 2.2. A presunção de inocência como elemento positivo

A análise dos casos permite vislumbrar que ambas as Cortes nos fornecem informações a respeito de seus respectivos pensamentos sobre o conteúdo do direito contra a autoincriminação, quando avaliam a relação com outros direitos fundamentais, notadamente a presunção de inocência.

No caso *Funke*, a Corte Europeia notou que os oficiais, impossibilitados de adquirirem os documentos requisitados por outras vias, tentaram compelir o próprio requerente a fornecer provas das infrações supostamente cometidas.

A Corte Europeia, no entanto, sinalizou que o direito ao silêncio guarda estreita relação com a presunção de inocência, garantida pelo artigo 6, da Convenção<sup>416</sup>.

Ficou, contudo, implícita a correlação entre o direito ao silêncio e a presunção de inocência apontada no caso *Funke*, dado que o julgado nada menciona a respeito.

---

<sup>412</sup> Cf. caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá*, parágrafos 122 e seguintes.

<sup>413</sup> Cf., dentre tantos, o caso *Tibi versus Ecuador*.

<sup>414</sup> Cf., dentre outros, o caso *López Álvarez versus Honduras*.

<sup>415</sup> Cf. casos *Maritza Urrutia* (parágrafo 89 e seguintes) e *Cantoral Benavides* (parágrafo 95 e seguintes). No caso de *los Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú*, a Corte Interamericana destacou que “La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, ‘lucha contra el terrorismo’ y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas” (parágrafo 111).

<sup>416</sup> De acordo com o parágrafo 45, do caso *Funke versus France*, “The foregoing conclusion makes it unnecessary for the Court to ascertain whether Mr. Funke’s conviction also contravened the principle of presumption of innocence.”

Essa explicitação ocorreu no julgamento dos casos subsequentes. Em *Saunders*, a Corte Europeia fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

*“(...) O direito de não se incriminar, em particular, pressupõe que a acusação, no processo penal, procure comprovar suas alegações sem recorrer a provas obtidas através de métodos de coerção ou opressão, contrários à vontade do acusado. Neste sentido, o direito de não se incriminar está estreitamente ligado à presunção de inocência contida no artigo 6, parágrafo 2 da Convenção (art. 6-2).”*<sup>417</sup> (tradução nossa)

Desde então, essa conexão foi reiterada e reforçada<sup>418</sup>.

A correlação entre estes dois direitos também é enfatizada pela Corte Interamericana.

No julgamento do caso Suárez Rosero, a Corte Interamericana estabeleceu que *“en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.”*<sup>419</sup>

Posteriormente, assentou no julgamento do caso Ricardo Canese,

*“que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa.”*<sup>420</sup>

<sup>417</sup> Cf. parágrafo 68, do caso *Saunders versus United Kingdom*, por nós destacado. No original, “The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2).”

<sup>418</sup> No caso *Marttinen versus Finland*, por exemplo, a Corte Europeia pontuou que “60. The Court reiterates its case-law on the use of coercion to obtain information: although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the rights relied on by the applicant, the right to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. **In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention** (see *Saunders versus the United Kingdom*, cited above, § 68).” (destacamos)

<sup>419</sup> Cf. parágrafo 77, do caso *Suárez Rosero versus Equador*. Também no caso *García Asto y Ramírez Rojas versus Perú*, no parágrafo 160 a Corte foi enfática ao afirmar que “Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales.”

<sup>420</sup> Cf. parágrafo 154 do caso *Ricardo Canese versus Paraguay*.

A conexão entre a presunção de inocência e o privilégio contra a autoincriminação se justifica.

Não raro, casos que envolvem execuções extrajudiciais, torturas, desaparecimentos forçados, irregularidades procedimentais, etc., são geralmente precedidos por uma prisão em que não foram observados, nem remotamente, as condições que legitimam e permitem distinguir entre a ação estatal amparada nas respectivas Constituições e a apreensão de um cidadão perpetrada por agentes *da lei* que sobrepõem sua vontade pessoal à vontade geral reconhecida pela norma.

É sabido que a base processual moderna exige que o Estado comprove a culpa do acusado. Nessa busca, cabe ao juiz, ao garantir os direitos do acusado, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando estritamente necessárias, tudo respeitando a presunção de inocência que ampara o inculcado enquanto não estabelecida sua responsabilidade<sup>421</sup>.

Nesse sentido, se o Estado não foi competente para produzir a prova pretendida, ou, pior, se não quiser produzi-la, a falta não poderá ser imputada ao acusado. Em outras palavras, por força do reconhecimento da presunção de inocência, não é permitido impor que o inculcado *faça o trabalho* e produza a prova pretendida.

Não podemos esperar que um homem racional seja fonte de sua própria miséria e forneça provas contra si mesmo. Ao acusado deve ser garantida a opção de fazer ou falar. Caberá ao acusado decidir se aceita a oferta de cooperar ou não com o processo, consequência natural do seu reconhecimento enquanto sujeito do procedimento.

### 3. Sublinhando os princípios e valores

Os capítulos precedentes permitem presumir que a Corte Europeia de Direitos Humanos oferece uma interpretação mais detalhada do princípio *nemo tenetur se detegere*, pois, como não existe previsão textual na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte seria a via responsável para clarear a visão do que exatamente consiste o privilégio.

---

<sup>421</sup> No caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, a Corte apontou que “145. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.”

Entretanto, no julgamento do caso Funke, ao invés de apresentar um detalhamento do instituto, a Corte se limitou a apenas estipulá-lo.

Foi no julgamento dos casos Saunders e John Murray que o Tribunal de Estrasburgo detalhou o instituto e, a partir daí, começou a interpretá-lo.

Em contraste, a Corte Interamericana, por conta da previsão expressa no texto da Convenção, sempre confirmou com veemência o direito a não autoincriminação.

Da análise da jurisprudência das Cortes, observamos a existência de dois fundamentos que justificam a existência do princípio *nemo tenetur se detegere*: o primeiro seria garantir a integridade do procedimento (referido como *juízo justo*), assegurando ao acusado, dentre outras, a proteção contra todas as formas de tortura, tratamentos degradantes ou desumanos, fundamento este, ao que nos parece, ligado com as raízes históricas do instituto; e, o segundo, o respeito à dignidade da pessoa humana.

### 3.1. Garantir o julgamento justo: proibição da tortura

Como mencionado, um dos fundamentos do princípio contra a autoincriminação seria *garantir o juízo justo*, assegurando ao acusado sua proteção contra todas as formas de tortura, tratamentos degradantes ou desumanos.

Ambas as Cortes adotam este preceito e incondicionalmente condenam quaisquer atos que resultem em tortura, sem exceção. De acordo com os julgados analisados, a vedação da prática de tortura é absoluta, inexistindo margens, desculpas ou justificação válida para sua prática, independentemente da situação em jogo<sup>422</sup>.

A Corte Europeia de Direitos Humanos contempla o princípio *nemo tenetur* como um componente implícito do direito ao julgamento justo. O direito ao silêncio teria valor instrumental adicional; seria uma ferramenta destinada a *contribuir para evitar equívocos da justiça*, que ocorrem quando empregados *meios impróprios de compulsão*.

A Corte de Estrasburgo, já no julgamento do caso Saunders<sup>423</sup>, faz menção expressa à proibição de provas *obtidas através de métodos de coação ou opressão*,

---

<sup>422</sup> Embora tal assertiva pareça óbvia, começa a emergir um posicionamento favorável à prática de torturas não letais aos casos que envolvem terrorismo. Sobre o assunto, conferir o provocativo trabalho de DERSHOWITZ, Alan M. *Why terrorism works: understanding the threat, responding to the challenge*. Yale University Press, 2002, professor da Harvard Law School.

<sup>423</sup> Cf. parágrafo 68. No original, “(...) obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.”

*contrários à vontade do acusado*. Por sua vez, a questão da tortura foi amplamente debatida nos casos Jalloh e Gäfgen.

Com isso, pensamos que a Corte Europeia se preocupa em evitar falsas condenações, facilmente obtidas através da tortura. Também, é importante notar, em contrapartida, a existência do dever de o Estado refrear-se no emprego da compulsão considerada ilegal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, adota a mesma visão.

O direito à integridade pessoal, como garantia do julgamento justo, é de tal importância que a Convenção Americana o protege, particularmente ao estabelecer a proibição da tortura, dos tratos cruéis, desumanos e degradantes e a impossibilidade de suspendê-lo durante estados de emergência<sup>424</sup>.

Muito clara, nesse sentido, são as palavras da Corte Interamericana. Como se extrai do caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*:

*“La Corte ha indicado que la tortura está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías.”*<sup>425</sup>

Para a Corte Interamericana, o direito à vida e o direito à integridade pessoal não somente implicam em que o Estado deve respeitá-los, mas, além disso, requer que o

---

<sup>424</sup> De acordo com os artigos 5, da Convenção Americana, “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”; por sua vez o artigo 27, da Convenção Americana dispõe que “1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.”

<sup>425</sup> Cf. parágrafo 89, do caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*.

Estado adote todas as medidas apropriadas para garanti-los, em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana<sup>426</sup>.

A preocupação com direito de o acusado não padecer nenhum tipo tortura atinge diretamente o princípio *nemo tenetur se detegere*.

A proteção conferida assegura que o acusado permanecerá livre dessa hedionda prática.

A consequência dessa medida contribui para a integridade do procedimento, desde a fase investigativa<sup>427</sup>.

Se recair sobre o acusado a obrigação de falar, é provável que na fase investigativa a autoridade policial se empenhe ao máximo para arrancar-lhe a confissão a qualquer custo. Não é exagerado lembrar que a atmosfera do interrogatório é tensa e

---

<sup>426</sup> Cf. Caso Irmãos Gómez Paquiyauri, parágrafo 129 (“*El cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección integral del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad.*”), e Caso 19 Comerciantes, parágrafo 153 (“*La Corte ha establecido que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. El cumplimiento del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar las medidas necesarias, no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad.*”).

<sup>427</sup> Não podemos perder de vista que, embora não seja desenvolvido em contraditório, aplica-se ao inquérito policial a ampla defesa. O próprio direito ao silêncio (bem como as declarações do acusado) seria um exemplo de ampla defesa aplicada no âmbito das investigações, cujo desrespeito afetarà a subsequente ação penal. Por conta disso, comungamos do entendimento de Gustavo Badaró, para quem o inquérito pode conter vícios que se projetam na ação penal e são hábeis a causar sua nulidade. Nas palavras do ilustre processualista “Inicialmente, é de destacar que o inquérito policial é governado por um princípio de legalidade de seus atos. Assim, conseqüentemente, a ilegalidade de algum ato do inquérito policial acarretará a sua ineficácia enquanto ato do próprio inquérito. (...). Somente no que diz respeito à simples colheita de fontes de provas (por exemplo, descobrir o nome de uma testemunha), para posterior produção do meio de prova correspondente em juízo (oitiva de testemunha no processo), é que eventuais vícios dos atos de investigação não se projetarão na ação penal, pois nesta o meio de prova terá sido validamente produzido. Mesmo assim, é de se atentar para a vedação da obtenção de provas por meios ilícitos, inclusive no caso de provas derivadas. Em tais casos, havendo ilicitude (por exemplo uma confissão obtida mediante tortura), a prova será inadmissível no processo.” Sobre o assunto, cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Processo penal*, p. 140 – 141.

opressiva por natureza e que a finalidade do inquérito é justamente elucidar a existência da infração e a respectiva autoria.

Nessa situação de clara submissão, o acusado sofre alta pressão psicológica. O desrespeito ao direito ao silêncio do acusado violaria a voluntariedade<sup>428</sup>, que nada mais é que um dos elementos que conferem validade à confissão.

### 3.2. Respeito à dignidade da pessoa humana

A Corte Europeia de Direitos Humanos, ao menos nos casos analisados nos capítulos precedentes, nunca se referiu, expressamente, à conexão existente entre o direito ao silêncio e a dignidade da pessoa humana.

No entanto, por diversas vezes, apontou, como um dos fundamentos do princípio *nemo tenetur se detegere*, e para atingir a finalidade do artigo 6, da Convenção, a necessidade de se *evitar eventuais equívocos da justiça*.

O propósito, segundo acreditamos, seria garantir a justiça do procedimento, que somente poderia ser atingida se respeitada a dignidade da pessoa do acusado.

A Corte Europeia, reiteradamente mencionou que o *“right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent”*<sup>429</sup>.

Com a menção expressa ao *respeito à vontade do acusado*, a Corte Europeia parece sugerir que os indivíduos envolvidos em questões criminais devem ser tratados com cuidado tal, que a dignidade nunca poderá ser negligenciada.

De outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos parece não deixar dúvidas sobre a conexão existente entre o direito de não se autoincriminar e a dignidade da pessoa humana.

Os julgados sublinham a inquietação da Corte Americana com vários fatores, como a forma em que ocorreu a prisão, a situação carcerária, a existência de tortura e/ou

---

<sup>428</sup> “Sendo um ato de vontade, a confissão deve ser **voluntária**, livre de qualquer vício ou de coação. Não são admitidos métodos como os ‘soros da verdade’, a hipnose, o *lie detector*, ou outros expedientes que tolham a liberdade do confitente. Não é por outro motivo que Denti afirma que não há diferença entre as razões de vetar o uso do *lie detector* e da tortura, sendo ambos meios coercitivos similares do ponto de vista da violação dos direitos fundamentais.” Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Processo penal*, p. 447, destaques no original.

<sup>429</sup> Cf. por exemplo, caso Heaney and McGuinness versus Ireland, parágrafo 40; caso Saunders versus United Kingdom, parágrafo 69. Tal expressão pode ser livremente traduzida da seguinte forma: “o direito de não se incriminar preocupa-se primordialmente em *respeitar a vontade do acusado* de permanecer em silêncio.” (destacamos)

maus tratos no momento da prisão e durante o período em que o acusado permaneceu sob custódia estatal, dentre outros, tudo sempre relacionado com a dignidade e integridade pessoal do acusado.

A preocupação da Corte Interamericana repousa na possibilidade da prática de atos realizados deliberadamente contra a vítima, para suprimir sua resistência psíquica e forçá-la a inculpar-se ou confessar determinadas condutas delitivas, ou, ainda, apenas para infligir castigos adicionais à privação da liberdade em si.

Em tais situações, a Corte Interamericana entende que:

*“(...) este Tribunal ha establecido que una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad. Además, ha señalado que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas y lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad.”*<sup>430</sup>

Logo, de acordo com esta visão, a fundação subjacente do princípio *nemo tenetur se detegere* é exatamente o respeito que o Estado deve conceder à integridade e dignidade dos seus cidadãos<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Cf. parágrafo 87, do caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*. No seu *Voto Concurrente Razonado*, o juiz Sergio Garcia Ramirez destacou que “ 8. Es particularmente relevante, en mi opinión, el tratamiento de las mencionadas declaraciones de la víctima, obtenidas bajo intensa presión y transmitidas al público a través de la televisión. En esas declaraciones, Maritza Urrutia aceptaba hechos que le causaban perjuicio y manifestaba puntos de vista que no correspondían a los que efectivamente sustentaba, entre otras cosas. La Corte Interamericana entiende que esto entraña una violación a diversos párrafos o incisos del artículo 8 de la Convención Americana, en la medida en que el inculpado tiene derecho ‘a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable’ (artículo 8.2.g) y ‘la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza’ (artículo 8.3). 9. El artículo 8, con el epígrafe ‘Garantías judiciales’, contempla una serie de derechos que corresponden, sustancialmente, al ‘debido proceso legal’. Ahí, al igual que en el artículo 25, sobre ‘Protección judicial’, se asegura el acceso a la justicia y se establecen las condiciones para que ese acceso no se reduzca a su dimensión formal (posibilidad de petición, prueba y alegato ante tribunal competente, independiente e imparcial), sino se extienda igualmente a su dimensión material (posibilidad de obtener una sentencia justa). En este sentido, las disposiciones de ambos preceptos constituyen un precioso instrumento para la protección del ser humano y la defensa ante la acción o la omisión del Estado que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana.”

<sup>431</sup> Como destacado no caso *Tibi versus Ecuador*, “148. En el presente caso está demostrado que durante los meses de marzo y abril de 1996 cuando el señor Daniel Tibi permanecía detenido en la Penitenciaría del Litoral, fue objeto, por parte de los guardias de la cárcel, de sesiones de violencia física con el fin de obtener su autoinculpación (supra párr. 90.50). Durante estas sesiones, la presunta víctima recibió golpes de puño en el cuerpo y en el rostro, quemaduras en las piernas con cigarrillos y descargas eléctricas en los testículos. En una ocasión fue golpeado con un objeto contundente y en otra se le sumergió la cabeza en un tanque de agua.



Como o respeito à integridade e dignidade constituem fatores chave de um sistema legal democrático e moderno<sup>432</sup>, prescrições protegendo esses valores devem estar presentes em todos os processos, particularmente naqueles movidos pelo Estado, dado que a proteção contra a opressão Estatal constitui o núcleo de todos os direitos humanos.

#### 4. Limites

Atualmente, não há, nas Cortes estudadas, quem defenda que o privilégio contra a autoincriminação deva ser abolido. Ao contrário, ambas o consideram como parte integrante do núcleo de proteção dos indivíduos, pois pacífica a ideia de que os poderes estatais são limitados: não se considera mais lícito que o Estado recorra a todo e qualquer meio para atingir seus objetivos. Como já ponderou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer sin violentar.*”<sup>433</sup>

No entanto, talvez pelas impactantes diferenças regionais existentes nos respectivos âmbitos territoriais, o desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere* é diametralmente oposto.

Até o presente momento, a análise dos casos apresentados na esfera interamericana permite inferir que a Corte considera o direito a não autoincriminação como um direito absoluto. Podemos afirmar que em nenhum caso a Corte Interamericana excepcionou o direito a não autoincriminação. Dentro da lógica subsuntiva aplicada, ou a Corte considera existente ou não a violação, sem apresentar qualquer ressalva ou tratamento exceptivo<sup>434</sup>.

---

El señor Tibi padeció al menos siete ‘sesiones’ de este tipo (supra párr. 90.50). 149. Los actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el señor Daniel Tibi produjeron a éste grave sufrimiento físico y mental. La ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito. En el caso sub judice se ha demostrado, además, que la presunta víctima recibió amenazas y sufrió hostigamientos durante el período de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida. Todo ello constituye una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana. 150. De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal”.

<sup>432</sup> Para Antônio Augusto Cançado Trindade, o desrespeito implicaria “el retorno a la barbarie”, conforme considerações expostas no seu voto arrazoado proferido no caso *Maritza Urrutia v. Guatemala*, parágrafo 12.

<sup>433</sup> Cf. parágrafo 204, parte final, do caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*.

<sup>434</sup> Como exemplo, valemo-nos do julgamento proferido no caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, como segue: “167. La Corte consideró probado que durante la declaración instructiva ante el Juez Instructor Militar Especial se exhortó a los inculpados a decir la verdad. Sin embargo, no hay constancia de que esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el

Outro tem sido o entendimento utilizado na Corte de Estrasburgo. Na Corte Europeia, o direito ao silêncio possui limitações que, hoje, permitem questionar qual seria, afinal, a proteção oferecida aos indivíduos.

Tais discrepâncias, de certa forma, prejudicam a análise comparada, pois os maiores elementos de comparação encontram-se no âmbito dogmático e epistêmico. Diante da ausência de material comparativo, as últimas linhas do presente trabalho seguirão discorrendo sobre alguns percalços atualmente encontrados exclusivamente na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

#### 4.1. Inferências adversas

Foi no caso *John Murray versus The United Kingdom* que a Corte Europeia declarou que o privilégio contra a autoincriminação não seria um direito absoluto. Neste caso lançou-se a ideia de que, em determinadas circunstâncias, poderia a lei permitir a apreensão de inferências negativas extraídas do silêncio do acusado, sem que isso violasse a Convenção Europeia.

Como já mencionado, John Murray foi acusado de pertencer ao Exército Republicano Irlandês (I.R.A.) e de manter como prisioneiro um agente da coroa britânica (designado como Sr. L.), devidamente infiltrado. Após descobrirem que Sr. L., era, na verdade, um informante, o I.R.A. o induziu a visitar uma casa em Belfast, Irlanda do Norte, e lá foi mantido cativo. Quando resgatado pela polícia, L. viu o acusado descendo as escadas da casa. Em juízo, L. testemunhou que, quando a polícia invadiu o local, a venda de seus olhos foi removida e o acusado lhe disse para descer ao andar de baixo e assistir televisão. Depôs, também, que foi forçado a confessar que seria um informante, confissão essa gravada numa fita cassete e, posteriormente destruída, quando da invasão. A polícia encontrou fita cassete destruída na residência; as partes recuperadas revelaram a confissão feita por Sr. L.<sup>435</sup>.

O acusado nunca forneceu qualquer explicação do porquê estaria na casa, fato que pesou muito no seu julgamento.

---

exhortado faltara a la verdad. Tampoco hay prueba de que se hubiese requerido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo. 168. Por todo lo expuesto, la Corte considera que no fue probado en el presente proceso que el Estado violó el artículo 8.3 de la Convención.”

<sup>435</sup> Cf. parágrafo 19, do caso *John Murray versus The United Kingdom*.

No que toca à possibilidade de extrair inferências adversas, o caso Saunders deixou a questão em aberto.

A propósito, a Corte de Estrasburgo expressamente consignou no julgado que ainda não era o momento de decidir se o direito a não se autoincriminar seria absoluto ou se a violação seria justificada diante do caso concreto<sup>436</sup>. Ou seja, embora não fosse um direito que pudesse ser deixado de lado, a Corte Europeia, em princípio, não excluiu a possibilidade de limitar o direito a não autoincriminação<sup>437</sup>.

No julgamento do caso John Murray, a Corte Europeia assentou que o artigo 6, da Convenção, protege o acusado somente da compulsão inadequada, imprópria<sup>438</sup>, o que permite supor que a compulsão exercida dentro de certos limites seria aceita. Diante de tal postura, as questões que se colocam são as seguintes: concluir negativamente a partir do silêncio do acusado, devidamente notificado acerca do seu direito, seria uma forma de compulsão imprópria? Quais seriam as condições para inferir negativamente, a partir do silêncio do acusado?

A Corte Europeia já afirmou:

“De um lado, é evidente que é incompatível com as imunidades debatidas fundamentar uma condenação unicamente ou principalmente no silêncio do acusado, na recusa em responder às perguntas ou de depor pessoalmente. Por outro lado, a Corte considera igualmente óbvio que essas imunidades não podem e nem devem impedir que o silêncio do acusado, *em situações que claramente exigem dele uma explicação*, seja levado em conta na avaliação da persuasão das provas apresentadas pela acusação.”<sup>439</sup> (tradução nossa)

---

<sup>436</sup> O parágrafo 74 do caso Saunders versus The United Kingdom é explícito em dizer que “to decide whether the right not to incriminate oneself is absolute or whether infringements of it may be justified in particular circumstances.”

<sup>437</sup> A propósito, a Corte Europeia que não deixa dúvidas sobre sua opinião: “it follows from this understanding of ‘the right to silence’ that the question whether the right is absolute must be answered in the negative.” Cf. caso John Murray versus The United Kingdom, parágrafo 47.

<sup>438</sup> Conforme parágrafo 46 do caso John Murray versus The United Kingdom, “The Court does not consider that it is called upon to give an abstract analysis of the scope of these immunities and, in particular, of what constitutes in this context ‘improper compulsion’. What is at stake in the present case is whether these immunities are absolute in the sense that the exercise by an accused of the right to silence cannot under any circumstances be used against him at trial or, alternatively, whether informing him in advance that, under certain conditions, his silence may be so used, is always to be regarded as ‘improper compulsion’.”

<sup>439</sup> Cf. parágrafo 47 do caso John Murray versus The United Kingdom, destacamos. No original, “On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the Court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution.”

Pois bem, a Corte remete a solução do problema a dois extremos que considera compatíveis com a Convenção. De um lado, o mero silêncio do acusado não pode servir de único ou principal fundamento para a condenação. De outro lado, será compatível com a Convenção inferências negativas extraídas do silêncio do acusado *quando a situação claramente exigir uma explicação*. Nesta hipótese, a violação ou não do artigo 6, da Convenção, dependerá das circunstâncias particulares do caso.

Para ajudar nesta difícil análise, a Corte leva em consideração dois fatores adiante considerados: a) a carga agregada ao silêncio; e, b) o grau de compulsão empregado (*“the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation”*)<sup>440</sup>.

#### 4.1.1. Grau de compulsão

Ao sinalizar a existência de um grau de coação como elemento inerente, a Corte de Estrasburgo, implicitamente, reconhece que existe um percentual de compulsão a ser empregado no interrogatório do acusado, que poderá ou não ser compatível com a Convenção. Consequentemente, a Corte deixa a entender que, tanto na esfera investigativa, como judicial, existe uma certa extensão, na qual os agentes podem compelir o acusado a falar.

No caso John Murray, a Corte de Estrasburgo reconheceu que o acusado não foi forçado a depor, embora devidamente avisado de que a recusa poderia conduzir à conclusão adversa. Reconheceu, também, que, conquanto tal advertência conduzia a possíveis efeitos negativos<sup>441</sup>, tais efeitos não chegavam ao ponto de configurar uma pressão incompatível com o texto da Convenção.

Esta leitura foi surpreendente, ainda mais se recordarmos que a Corte Europeia, nos casos anteriores, considerou violado o direito ao silêncio previsto no artigo 6, da Convenção, pela simples imposição de multa pela não apresentação de documentos (caso Funke) ou pela simples ameaça de prisão (caso Saunders).

---

<sup>440</sup> Cf. parágrafo 47 do caso John Murray versus The United Kingdom.

<sup>441</sup> De acordo com o parágrafo 50, do caso John Murray versus The United Kingdom, “Admittedly a system which warns the accused - who is possibly without legal assistance (as in the applicant’s case) - that adverse inferences may be drawn from a refusal to provide an explanation to the police for his presence at the scene of a crime or to testify during his trial, when taken in conjunction with the weight of the case against him, involves a certain level of indirect compulsion.”

Em nosso entender, o julgamento proferido no caso John Murray foi o responsável primário por conduzir a jurisprudência da Corte Europeia para o caminho da inconsistência, segundo o qual ameaçar com prisão por não responder perguntas incriminadoras envolveria um maior grau de compulsão do que sentenciar alguém à prisão, baseando-se no seu silêncio (caso Saunders).

#### **4.1.2. Carga agregada ao silêncio**

Sobre este segundo fator, a jurisprudência da Corte Europeia nos concede informações mais detalhadas, segundo as quais inferências negativas somente serão admitidas em situações excepcionais e desde que atenda os critérios que seguem.

##### **4.1.2.1. Situações que demandam uma explicação**

Ao que parece, ocorre uma situação que demanda explicação quando os órgãos encarregados da persecução penal estão plenamente amparados em provas dirigidas contra o acusado. No já citado caso John Murray, a polícia se deparou com o acusado num local utilizado como cativeiro e o agente infiltrado testemunhou acerca da destruição de provas, posteriormente (e parcialmente) recuperadas pela polícia.

Diante de tais elementos, a Corte Europeia concluiu que o acusado devia uma explicação, pois as provas trazidas pela acusação eram tão substanciais que o senso comum encararia o silêncio como forte indício de culpa.

O parágrafo 51, do caso John Murray *versus* The United Kingdom, a propósito, é claro nesse sentido: o Tribunal de Estrasburgo rememorou que os tribunais nacionais, efetivamente, não podem concluir que o acusado é culpado apenas porque escolheu permanecer em silêncio. Assentou, no entanto, que, quando as provas dos autos “*reclamarem*” uma explicação por parte do acusado, e este, por sua vez, não apresentar qualquer justificativa satisfatória, é possível inferir que nenhum esclarecimento foi dado e que o suspeito é, de fato, culpado. Como balizamento, a Corte pontuou que, se as provas

apresentadas pela acusação não possuírem valor probatório que convide a uma elucidação, eventuais falhas no depoimento não podem justificar uma inferência de culpa<sup>442</sup>.

Segundo a Corte, caberá ao juiz da causa definir quando a situação demandará (ou não) uma explicação.

Obviamente, tudo dependerá da cuidadosa análise do caso concreto e da forma que a Corte Europeia seguirá no desenvolvimento de sua jurisprudência.

#### 4.1.2.2. Advertência

Como já registrado, resta consolidado na Corte de Estrasburgo que deverá o acusado ser previamente advertido, de forma e linguagem que compreenda, que seu silêncio poderá ser-lhe prejudicial.

Nas palavras da Corte Europeia de Direitos Humanos, *“In the first place, before inferences can be drawn under Article 4 and 6 of the Order appropriate warnings must have been given to the accused as to the legal effects of maintaining silence”*<sup>443</sup>.

Sem embargo, não encontramos nenhum caso questionando a falta da respectiva advertência.

#### 4.1.2.3. Respeito à presunção de inocência

A Corte de Estrasburgo havia firmado entendimento de que inferências negativas extraídas a partir do silêncio do acusado não poderiam, nunca, resultar numa inversão do ônus da prova, devido à correlação existente entre o direito ao silêncio e a presunção de inocência.

---

<sup>442</sup> De acordo com o parágrafo 51 do caso John Murray versus The United Kingdom, “(...) The question in each particular case is whether the evidence adduced by the prosecution is sufficiently strong to require an answer. **The national court cannot conclude that the accused is guilty merely because he chooses to remain silent.** It is only if the evidence against the accused ‘calls’ for an explanation which the accused ought to be in a position to give that a failure to give any explanation ‘may as a matter of common sense **allow the drawing of an inference that there is no explanation and that the accused is guilty**’. Conversely if the case presented by the prosecution had so little evidential value that it called for no answer, **a failure to provide one could not justify an inference of guilt** (ibid.). In sum, it is only common-sense inferences which the judge considers proper, in the light of the evidence against the accused, that can be drawn under the Order. (...)” (destacamos)

<sup>443</sup> Cf. parágrafo 51 do caso John Murray versus The United Kingdom.

Tal posicionamento ficou assentado no caso *Telfner versus Austria*. De acordo com os fatos, o acusado foi preso por causar um acidente automobilístico com o veículo de sua mãe. A vítima não conseguiu identificá-lo como condutor. A prisão foi fundada no fato de ser o acusado quem geralmente utilizava o veículo e no fato de não possuir nenhum álibi substancial durante seu interrogatório.

A diferença entre os casos John Murray e Telfner, para a Corte, foi justamente o fato de que, na Áustria, o silêncio foi o fator determinante na conclusão de culpa do acusado, invertendo o ônus da prova e violando a presunção de inocência.

Apesar disso, como informado, os casos subsequentes deturparam essa visão. No mencionado caso O'Halloran e Francis a Corte Europeia reconheceu válida a existência de uma obrigação legal imposta para os proprietários de veículos fotografados por radar de fornecer informações sobre o motorista que conduzia com excesso de velocidade. O fundamento seria a natureza do crime, considerado de pouca gravidade, o interesse público em garantir a segurança nas vias públicas e o acordo tácito que impõe a obrigação de testemunhar, que surge quando o indivíduo se dispõe a adquirir veículo automotivo.

Segundo pensamos, a forma encontrada pela Corte para balancear o interesse público contraria as razões que justificaram o reconhecimento do privilégio contra a autoincriminação, notadamente a presunção de inocência, que garantiu ao *nemo tenetur* um lugar dentro do conjunto de direitos aplicáveis na justiça criminal e protegidos pela Convenção.

Conforme expusemos no tópico destinado a análise crítica da jurisprudência da Corte Europeia, a inconstância dos julgados conduziu a jurisprudência da Corte Europeia para o caminho da incerteza.

Pensamos que os órgãos responsáveis pela proteção dos direitos humanos devem sempre ter em mente que o privilégio contra a autoincriminação pode se tornar algo ocioso se o seu exercício não encontrar nenhum amparo. Qualquer pessoa pode temer ser processada e, ao mesmo tempo, ser inocente de qualquer delito, desejando, assim, permanecer em silêncio. Logo, o direito a não se autoincriminar também serve para proteger o inocente, que de alguma forma poderia ser enlaçado por circunstâncias ambíguas.

## CONCLUSÕES

Após analisar e comparar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca do *privilegio contra a autoincriminação*, consubstanciado na máxima *nemo tenetur se detegere*, podemos concluir que, para ambas as Cortes, mencionado direito é compreendido como uma especial salvaguarda, notadamente no âmbito da justiça criminal, que goza de especial proteção.

Entretanto, embora o cotejo das decisões das duas Cortes Regionais demonstre a existência de muitas semelhanças, significativas diferenças também existem.

Como inexistente previsão do princípio *nemo tenetur se detegere* na Convenção Europeia, o Tribunal de Estrasburgo, no julgamento do caso Funke, o deduziu a partir da interpretação do direito ao julgamento justo, assegurado no artigo 6. A partir de então, a proibição de se exigir a autoincriminação passou a fazer parte de sua substancial jurisprudência.

O ponto central de tal proibição, segundo a jurisprudência da Corte Europeia, seria assegurar o direito ao silêncio do acusado, garantindo-lhe a livre escolha para responder a quaisquer questões formuladas na instância penal. Conforme a decisão proferida no caso Saunders, este objetivo se afinaria perfeitamente com os valores básicos que o princípio visa proteger: garantir o julgamento justo e a dignidade da pessoa humana.

A interpretação da Corte Europeia se firmou no sentido de que o princípio *nemo tenetur se detegere*, além de abrigar o silêncio do acusado, assegura a proibição de compelir o indivíduo a fornecer documentos autoincriminatórios.

Contudo, está longe de ser um princípio absoluto.

Foi no caso John Murray que a Corte Europeia acatou a ideia de que, em determinadas circunstâncias, poderia a lei permitir a apreensão de inferências negativas extraídas a partir do silêncio do acusado, sem que isso violasse a Convenção Europeia.

Para tanto, basta que o acusado tenha sido devidamente informado acerca de seu direito de permanecer em silêncio e compreendido a possibilidade de inferências negativas, caso opte em permanecer calado; que o grau de compulsão, caso empregado, seja justificado e não configure tortura, situação essa aferida a partir do caso concreto e incida sobre provas que tenham existência independente; que a situação exija uma



explicação; e que o princípio da presunção de inocência seja respeitado, também no sentido de não permitir a inversão do ônus da prova em prejuízo do acusado, o que será aferido no caso concreto.

Nada obstante, merece registro o fato de que a jurisprudência mais recente da Corte Europeia tem, gradualmente, apresentado os mais diversos argumentos exceptivos, que, a final, minam a proteção outrora garantida pelo direito a não autoincriminação.

Por conta de sua inconstância, a futura aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*, na Corte Europeia de Direitos Humanos, constitui um leque de incertas possibilidades.

No âmbito interamericano, o princípio *nemo tenetur se detegere* vem expresso no texto da Convenção.

A jurisprudência da Corte Interamericana ressalta os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência e enfatiza que a proteção abrange outros múltiplos valores, cabendo ao Estado comprovar a veracidade da acusação, sem esperar que o indivíduo coopere sob pena de padecer qualquer sofrimento ou punição, seja física, seja psíquica. Nesse sentido, a Corte Interamericana se afasta de qualquer resquício dos métodos e princípios do processo inquisitório.

Como destacado no caso Baena Ricardo y otros, a especial proteção, na esfera interamericana, se estende a todos os processos que estejam sob supervisão estatal, independentemente de sua natureza penal ou não penal.

Ademais, a Corte Interamericana consagra que o princípio confere ampla proteção ao acusado, incidindo desde a etapa inicial da persecução penal (caso Maritza Urrutia).

É possível afirmar, baseando-se nos casos analisados, que, para a Corte Interamericana, o privilégio contra a autoincriminação possui duas facetas: a primeira, decorrente do texto da Convenção, assegura que os Estados signatários do tratado não empreguem qualquer tipo de compulsão objetivando obter provas incriminatórias; e a segunda, reflexo da anterior, que eventuais depoimentos autoincriminatórios obtidos sob coação sejam inadmissíveis como prova num julgamento criminal.

Não encontramos nos casos analisados no âmbito interamericano questões envolvendo compulsão para entrega de documentos potencialmente autoincriminatórios. Mas é possível supor, baseando-se na larga e especial proteção conferida pela Corte, que tal postura encontraria obstáculos no texto da Convenção.

Em contraste com a jurisprudência da Corte Europeia, a Corte Interamericana estabeleceu a impossibilidade absoluta de se extrair inferências negativas a partir do silêncio do acusado (caso López Álvarez).

A abordagem da Corte Americana, assim, protege não somente aqueles bem-informados de seus direitos, como, também, aqueles mais vulneráveis.

No contexto do quadro de violações enfrentados pela Corte Americana, que, como dito, envolvem casos de terrorismo, traição à pátria, tráfico de drogas, leis que limitam garantias processuais, dentre outras, ainda que inexista maior precisão doutrinária sobre o conteúdo dos direitos previstos no artigo 8 da Convenção, a interpretação desenvolvida pela Corte Americana é que melhor ampara o direito de defesa do acusado, pois, além de preservar, de forma absoluta, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, contribui para a efetivação do justo processo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1978.
- ALAIMO, Giuseppe. Sulla omissione dell'avvertimento all'imputato circa la facoltà di non rispondere. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 676-692, 1979.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. t. 2 e 3.
- ALLEN, Gianni. Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 506-528, 1989.
- ALSCHULER Albert. *A peculiar privilege in historical perspective: the right to remain silent*. 94 Michigan Law Review 2625, 1995.
- ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *La dignidad de la persona – núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005.
- AMAR, A. R.; LERNER, R. L. *Fifth amendment first principles: the self-incrimination clause* (1995). Faculty Scholarship Series. Paper 993. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/993](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/993), acesso em 18 de fevereiro de 2015.
- AMBOS, Kai. *The right of non-self-incrimination of witnesses before the ICC*, LJIL 2002, p. 155. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2036397>, acesso em 27.01.2015.
- \_\_\_\_\_; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1987.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. New York: Oxford University Press Inc., 2010.

AVANZINI Alfredo. L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali. In: *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *RT*, São Paulo, v. 682, p. 285-298, ago. 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no direito processual penal brasileiro*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARANDIER, Antonio Carlos. Confissão: supremo objetivo da investigação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, p. 79-82, jul./set. 1993.

BARANDIER, Márcio Gaspar. A prova ilícita no processo penal. Breves comentários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, p. 73-76, abr./jun. 1993.

BARGIS, Marta. In tema di interrogatório "libero" di un imputato di reati connessi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 850-885, 1979.

\_\_\_\_\_. In tema di interrogatório del coimputato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 1589-1596, 1979.

\_\_\_\_\_. *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*. Milano: Giuffrè, 1994.

BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, p. 131-140, 1996.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASCH, Fernando Felipe. *The doctrine of the inter-american court of human rights regarding states' duty to punish human rights violations and its dangers*. American University International Law Review 23, no.1 (2013): 195-229.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Roma: Garzanti Libri, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BELLAVISTA, Girolamo. Confessione. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1972. v. 8.

\_\_\_\_\_. Difesa giudiziaria penale. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1972. v. 12.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1956.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. In: *O Judiciário e a Constituição*. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTZ, Andrew. *The original public meaning of the fifth amendment and pre-miranda silence* (March 13, 2012). Virginia Law Review, Vol. 98, 2012. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2021116>, acesso em 27.01.2015.

BERALDO, Luís Fernando Silveira. *Limites aos poderes instrutórios do juiz criminal*, Tese (Mestrado). Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: CEDAM, 1966.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONETTI, Michele. Riservatezza, diritti dell'uomo e processo penale: aspetti problematici. *L'Indice Penale*, Padova, p. 581-642, 1995.

- BUTTARELLI, Giovanni. Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa. *Cassazione Penale*, p. 2231-2243, 1990.
- BUZZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In: *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- CALAMANDREI, Iolanda. La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di "common law". *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 240-261, 1986.
- CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- CAMPO, Orazio. Interrogatorio dell'imputato. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1972. v. 22.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANTONE, Raffaele. *Il giusto processo*. Napoli: Simone, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1974.
- \_\_\_\_\_. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, s.d.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Ateneo, 1946.
- \_\_\_\_\_. *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1961.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. 10. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1907. Parte Geral, v. 2.
- CARRIO, Alejandro D. *Garantías constitucionales em el proceso penal* 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.
- CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal - um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, p. 162-170, out./dez. 1995.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, p. 99-124, out./dez. 1998.

CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Angel Torres. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2000.

CATALDO, Maria Elisabetta. Imputato e “testimone assistito” nel processo penale francese. In: *Le nuove leggi penali*. Milano: CEDAM, 1998.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

CHIAVARIO, Mario. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 661-674, 1970.

\_\_\_\_\_. Garanzie individuali ed efficienza del processo. In: *Il giusto processo*. Milano: Giuffrè, 1998.

\_\_\_\_\_. *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*. Bologna: Zanichelli, 1977.

\_\_\_\_\_. Inizio del procedimento penale e tutela costituzionale di diritto di difesa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 613-620, 1963.

\_\_\_\_\_. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. In: *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2.

\_\_\_\_\_. Una sentenza chiarificatrice sulla garanzia dell'autodifesa nel procedimento per decreto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 304-308, 1968.

CHIESA, Luis E. *Beyond torture: the nemo tenetur principle in borderline cases* (May 2009). Boston College Third World Journal, Forthcoming. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1401401>, acesso em 27.01.2015.

CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material (teoria da prova)*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CICAGNA Jr., Dilermando. Investigação de paternidade - Provas - DNA - Recusa ao exame. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 58, mar. 2000, p. 112-116.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CIPRIANI, Simonetta. La protezione penale della riservatezza in diritto comparato italiano e francese. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 866-934, 1997.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração. *Justiça Penal*, São Paulo, v. 6, p. 291-305, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSO, Giovanni. Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa. *Archivio Penale*, Roma, p. 242-243, 1970.

\_\_\_\_\_. Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 405-418, 1966.

\_\_\_\_\_. Inizio delle indagini e diritto di difesa. *Archivio Penale*, Roma, v. 26, p. 139-141, jan./fev. 1970.

\_\_\_\_\_. Riformare la difesa d'ufficio. *Archivio Penale*, Roma, p. 256-257, 1969.

CONSOLO, Giovanni Cesaro. *Trattato della prova per testimoni e del relativo procedimento d'esame*. Torino: UTET, 1904.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1998.

\_\_\_\_\_. Prove illecite nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 32-55, 1961.

\_\_\_\_\_. Riflessioni in tema di nullità assolute. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 238-256, 1958.

CÓRDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare, ¿principio de pasividad? *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

CORSO, Piermaria. Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere? *L'Indice Penale*, Padova, p. 1077-1094, set./dez. 1999.

COSTA, JEAN-PAUL. *The european court of human rights and its recent case-law*. Texas International Law Journal, Volume 38, Issue 3, 2003.



COTTERRELL, Roger. Comparative law and legal culture. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 710-737.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2001.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority – a comparative approach of the legal process*. United States of America: Yale University Press, 1986.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 384-419.

DEGANELLO, Mario. Il diritto di difesa: garanzia da rimeditare nell'ordinamento federale nordamericano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 908-960, 1994.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. La prova penale. *L'Indice Penale*, Padova, p. 609-628, 1996.

\_\_\_\_\_. *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Universidade da França, 1995.

DE MARSICO, Alfredo. *Diritto processuale penale*. 4. ed. integrata e aggiornata dal Prof. Gian Domenico Pisapia. Napoli: Jovene, 1966.

DERSHOWITZ, Alan M. *Why terrorism works: understanding the threat, responding to the challenge*. Yale University Press, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra 1<sup>a</sup> ed., reimpressão, 2004.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, p. 179-204, jul./set. 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, vol. I e II.

DOMINIONI, Oreste. In tema di nuova prova scientifica. In: *Diritto penale e processo: mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, n. 9, set. 2001, p. 1061-1065.

\_\_\_\_\_. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2006.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 66, p. 125-151, abr./jun. 1980.

DWYER Amy S. *The Inter-American Court of Human Rights: towards establishing an effective regional contentious jurisdiction*. 13 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 127 (1990), disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol13/iss1/6>, acesso em 23 de dezembro de 2015.

ELLIS, Jaye. *General principles and comparative law*. *European Journal of International Law (Eur J Int Law)* 22: 949-971, 2011.

ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código penal alemán stgb, código procesal penal alemán, stpo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FELICIONI, Paola. Brevi note sul rapporto fra diritto al silenzio e accompagnamento coattivo dell'imputato per il confronto. *Cassazione Penale*, n. 1989/1990, p. 3467-3478, 1995.

\_\_\_\_\_. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'Indice Penale*, Padova, p. 495-526, maio/ago. 1999.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona: Labor, 1952. v. 1.

\_\_\_\_\_. *El proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1956.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 4. ed. Roma: Laterza, 1997.

FERREIRA, Ivette Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, p. 96-106, jan./mar. 1994.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de processo penal*. Lisboa: Danúbio, 1986. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FLORES, Marcelo Marcante. *Apontamentos sobre os sistemas processuais e a incompatibilidade (lógica) da nova redação do artigo 156 do código de processo penal com o sistema acusatório*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, n. 53, p. 42-56, dez-jan. 2009.

FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Milano: Francesco Vallardi, 1924. v. 1 e 2.

FORZA, Antonio. L'approccio convenzionalista del sapere giuridico e gli apporti delle neuroscienze nel proceso. In: CATALDO NEUBURGER, Luisella de. (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007, p. 359-380.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCO, Ary de Azevedo. *Código de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1.

GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazioni di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 1168-1200, out./dez. 1998.

GENTILE, Dominic P. Il diritto delle prove penali. In: *Il processo penale negli stati uniti d'america*. Coord. AMODIO, Enio. BASSIOUNI, M. Cherif. Milano: Giufrè Editore, 1988.

GERARDS, Janneke. *Advisory opinions, preliminary rulings, and the new protocol no. 16 to the european convention of human rights, a comparative and critical appraisal*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 21, issue 4 (2014), p. 633.

GIACCA, Mariuccia. L'esame dell'imputato nell'esperienza comparatistica: spunti problematici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 165-182, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GLESS, Sabine; MARTIN, Jeannine. The comparative method in european courts: a comparison between the cjeu and ecthr. *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, Vol. 1. S. 36-52, 2013.

GOMES, José Carlos. Estrutura das organizações criminosas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, p. 125-129, abr./jun. 1998.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. *A motivação das decisões penais*, 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Méthodes interdites et preuves de façon illicite*, "in" Procedural Justice - XIV. IAPL World Congress, Giesecking-Verlag, Bielefeld, 2014, p. 700-716.

\_\_\_\_\_. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de. (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 303-318.

\_\_\_\_\_. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 142, p. 30-34, abr. 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro” (em co-autoria com Antonio Magalhães Gomes Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, p. 175-208, mar./abr. 2007.

\_\_\_\_\_; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; FERNANDES, Og. In: Og Fernandes. (Org.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: RT, 2011.

GONÇALVEZ, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GREEN, Michael Steven. *The privilege's last stand: the privilege against self-incrimination and the right to rebel against the state*. (1999). Faculty Publications. Paper 176. Disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/176>, acesso em 18 de fevereiro de 2015.

GREENAWALT, R. Kent. *Silence as a Moral and Constitutional Right*. 23 Wm. & Mary L. Rev. 15 (1981). Disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol23/iss1/3>, acesso em 12 de outubro de 2016.

GREVI, Vittorio. Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 821-856, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Facoltà di non rispondere delle persone esaminate ex art. 210 cpp e lettura dei verbali di precedenti dichiarazioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 1123-1131, 1992.

\_\_\_\_\_. Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 1129-1150, 1998.

\_\_\_\_\_. Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo Codice di Procedura Penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 1150-1186, 1991.

\_\_\_\_\_. "*Nemo tenetur se detegere*". Milano: Giuffrè, 1972.

GRIFFIN, Lissa, *Is silence sacred? The vulnerability of Griffin v. California in a terrorist world*, 15 Wm. & Mary Bill Rts. J. 927 (2007). Disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/469/>, acesso em 18 de fevereiro de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Doutrina, Instituto de Direito*, v. 7, p. 188-199, 1999.

\_\_\_\_\_. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, p. 59-69, out./dez. 1997.

\_\_\_\_\_. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: *Temas atuais de direito criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 2.

\_\_\_\_\_. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. As provas ilícitas na Constituição. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. Defesa, contraditório, igualdade e “par condicio” na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. In: *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. O interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, São Paulo, v. 1, p. 15-31, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995; 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HAGE, Jaap. *Comparative law and legal science*. Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2011/11. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1600108>, acesso em 7 de março de 2016.

HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, p. 25-30, jul./set. 1998.

HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997.

HELMHOLZ, R. H. *Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European Ius Commune*. 65 *New York University Law Review* 962 (1990).

HENDLER, Edmundo S.; TEDESCO, Ignacio F. La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la justicia criminal en francia e Inglaterra. In:

HENDLER, Edmundo S. (Coord.). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 385 e ss.

HERENCIA CARRASCO, Salvador. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Volumen 1*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer & Georg-August-Universität-Göttingen, 2010.

HERNÁNDES, Ángel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.

HOBSON, Charles. *The minimalist privilege*. NYU Journal of Law & Liberty, vol. 1 n. 2. Disponível em [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060914.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060914.pdf), acesso em 10.06.2015.

IBBETSON, David John. *Common law and ius commune*. Selden Society, 2001.

HUSA, Jaakko. *About the methodology of comparative law - some comments concerning the wonderland...* Maastricht Working Papers - Faculty of Law Iss. 2007/5 (2007).

JACKSON, John. *Re-conceptualizing the right of silence as an effective fair trial standard*. The International and Comparative Law Quarterly 58 (4). 2009. Cambridge University Press: 835–61. <http://www.jstor.org/stable/25622247>, acesso em 24.11.2015.

JANSEN, Nils. Comparative law and comparative knowledge. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 305-338.

JUNG, Heike. EL proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos. In: AMBOS, Kai; LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ano de publicação omissa, p. 95-107.

LANGBEIN, John H. *The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law*. Faculty Scholarship Series. Paper 550, disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/550](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/550), acesso em 18 de fevereiro de 2015.

LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 13. ed. Napoli: Jovene, 1988.

LOCKHART, William B. et al. *The American Constitution*. 8. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: Tomo I – fundamentos*. 2ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

\_\_\_\_\_. *Derecho procesal penal: Tomo II – parte general*. 1ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

\_\_\_\_\_. *Antologia – el proceso penal contemporâneo*. 1ª ed., Peru: Palestra Editores, 2008.

MALIK, Preksha. *Adverse inference from silence: an urgent need in rape cases* (September 18, 2012). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2148240>, acesso em 27.01.2015.

MANZILLO, Fabio Foglia. “Nemo tenetur se detegere”: um limite all’applicazione del reato di falso in bilancio? *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, Milano, p. 237-262, jan./jun. 1999.

MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Padova: CEDAM, 1950.

\_\_\_\_\_. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice*. Torino: UTET, 1931-1932. v. 1, 2 e 3.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 2.

MARTÍN, M. Isabel Huertas. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor: 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba, n. 13. V. 1., p. 32-58.

MCKASKLE, Paul L. *The european court of human rights: what it is, how it works, and its future*. 40 *University of San Francisco Law Review* 1 (2005).

MELLADO, Jose María Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Madrid: Trivium, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO FILHO, José Celso de. *A tutela judicial da liberdade*. RT, São Paulo, v. 526, p. 291-302, ago. 1979.



MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

\_\_\_\_\_. Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MICHAELS, Ralf. The functional method. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 340-382.

MINVIELLE, Bernadette. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal, In: *Doctrina Penal – teoría y práctica en las ciencias penales, n° 41 a 44*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

MIRFIELD, Peter. *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, Oxford: Clarendon, 2003.

MOISIDIS, Cosmas. *Criminal discovery: from truth to proof and back again*. Sydney Institute of Criminology, Australia, 2008.

MÖLLER, Kai. *From constitutional to human rights: on the moral structure of international human rights*. *Global Constitutionalism*, 3 (3), pp. 373-403, Cambridge University Press, 2014, disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/59305/>, acesso em 25.05.2015.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Methods in comparative law: an intellectual overview*, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2151819>, acesso em 7 de março de 2016.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988. In: *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. RF, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134, jan./mar. 1997.

\_\_\_\_\_. *Processo civil e direito à preservação da intimidade*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, p. 110-125, out./dez. 1993.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, p. 135-141.

NERY JR., Nelson. Proibição da prova ilícita – Novas tendências do direito (CF, art. 5º, LVI). In: *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUVOLONE, Pietro. La riforma del paragrafo 2º del Codice Penale germanico. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Padova, p. 530-561, 1938.

\_\_\_\_\_. La riforma del processo penale in Italia e in Germania. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 345-359, 1962.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *In The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, 1994.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Basic documents pertaining to human rights in the Inter-American system: (updated to February 2012)*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, - San José: Costa Rica, 2012.

ORLANDI, Renzo. Coimputato e imputato di reato connesso nel processo germanico. In: *Le nuove leggi penali*. Milano: CEDAM, 1998.

OSBORN, Albert S. *The problem of proof*. Albany: Boyd Print Company, 1947.

PADILLA, David J. *The Inter-American Commission on Human Rights of the Organization of American States: A Case Study*. *American University International Law Review* 9, no. 1 (1993): 95-115.

PALMER, Vernon Valentine. From Ierotholi to Iando: some examples of comparative law methodology. *Global Jurist Frontiers*, volume 4(2), 2004.

PARKER, Mary C. "Other treaties": the inter-american court of human rights defines its advisory jurisdiction. 33 AM. U. L. REV. 211, 211-13 (1983).

PEREZ, Jesus Gonzalez. *La dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986.

PERINI, Andrea. Ai margini dell'esigibilità: "nemo tenetur se detegere" e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 538-586, abr./jun. 1999.

PHIPSON, Sidney L. 'Real' evidence. *The Yale Law Journal* 29, no. 7 (1920): 705-17.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e a vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, p. 59-79, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Apamagis, 1993.

PUCCIARELLO, Mariana. *Derecho a no autoincriminarse y deber de colaborar en el ámbito tributario*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011.

PULITANO, Domenico. “Nemo tenetur se detegere”: quali profili di diritto sostanziale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 1271-1301, out./dez. 1999.

QUEIJO, Maria Elizabeth. Hermenêutica e interpretação constitucional e o direito processual penal. *Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

\_\_\_\_\_. Nova tentativa de supressão de direito fundamental: a pretendida imposição do dever de dizer a verdade ao acusado sob pena de cometer perjúrio. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 202, p. 9-10, set. 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra: Editorial Aranzadi AS, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. In: *Limites constitucionais da investigação*. Coord. CUNHA, Rogério Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, p. 182-190, jan./mar. 1996.

ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

\_\_\_\_\_. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo, RT, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo. Max Limonad, s.d., v. 5.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 1.

SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCCELLA, Andrea. L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 203-219, 1992.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La dogmatica de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Juridicas, 1994.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIRACUSANO, Delfino. Prova. In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani, 1989. v. 25.

SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v.1 e 2.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SPIRITO, Pedro. Giuramento (diritto canonico e diritto ecclesiastico). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Treccani, 1989. v. 15.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcaíl Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali. In: *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 3-23.

TEDESCO, Ignacio F. La libertad de declaración del imputado. Un análisis histórico comparativo. in HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórico-comparada*. Buenos Aires, Editores del Puerto 2001.

THAMAN, Stephen C. La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos. In: AMBOS, Kai; LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ano de publicação omissa, p. 159-175.

THUNS, Gilberto. O mito da verdade e os sistemas processuais, In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004. p. 153 e ss.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 e 2.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford University Press, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Ed. USP, 1976.

\_\_\_\_\_. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.

VAGNOLI, Elena Terrosi. L'identificazione genetica (DNA profiling) nella recente giurisprudenza statunitense. *La Giustizia Penale*, p. 85-96, 1995.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: CEJUP, 1999.

VERRI, Pietro. *Osservazioni sulla tortura*. Milano: RCS Libri, 1998.

VETTORI, Cecilia. Diritto dell'imputato a confrontarsi con colui che lo accusa e diritto al silenzio: l'ordinamento inglese. In: *Le nuove leggi penali*. Milano: CEDAM, 1998.

VÍQUEZ, Fernando Castillo; LOAIZA, Olman Rodríguez; RODRÍGUEZ, Graciela Arguedas. *Convención americana sobre derechos humanos anotada y concordada con la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Costa Rica: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 2013.

WOLTER, Jürgen. Dignidad humana y libertad en el proceso penal. In: AMBOS, Kai; LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ano de publicação omissa, p. 227-262.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## **CASOS UTILIZADOS – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

#

19 Comerciantes v. Colombia, de 5 de julho de 2004

A

Acosta Calderón v. Equador, de 24 de junho de 2005

**B**

Baena Ricardo y otros v. Panamá, de 2 de fevereiro de 2001  
Bámaca Velásquez v. Guatemala, de 25 de novembro de 2000  
Bayarri vs. Argentina, de 30 de outubro de 2008  
Blake v. Guatemala, de 24 de janeiro de 1998  
Blanco Romero y otros v. Venezuela, de 28 de novembro de 2005  
Barrios Altos v. Peru, de 14 de março de 2001

**C**

Cantoral Benavides v. Perú, de 18 agosto de 2000  
Cantos v. Argentina, de 28 de novembro de 2002  
Carpio Nicolle y otros v. Guatemala, de 22 de novembro de 2004  
Castillo Petruzzi y otros v. Perú, de 30 de maio de 1999  
Cesti Hurtado v. Perú, de 29 de setembro de 1999  
Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, de 21 de novembro de 2007  
Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua, de 31 de agosto de 2001  
Comunidad Moiwana v. Surinam, de 15 de junho de 2015

**D**

Durand y Ugarte v. Perú, de 28 de maio de 1999

**E**

Escher e outros v. Brasil, de 6 de julho de 2009

**G**

García Asto y Ramírez Rojas v. Perú, de 25 de novembro de 2005  
Garibaldi v. Brasil, de 23 de setembro de 2009  
Gelman v. Uruguai, de 24 de fevereiro de 2011  
Godínez Cruz v. Honduras, de 20 de janeiro de 1989  
Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil, de 24 de novembro de 2010  
González Medina y familiares v. República Dominicana, de 27 de fevereiro de 2012  
Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala, de 20 de novembro de 2012  
Gutiérrez Soler v. Colombia, de 12 de setembro de 2005



**H**

Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, de 01 de março de 2005

Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago, 21 de junho de 2002

**I**

Instituto de Reeducação del Menor v. Paraguai, de 2 de setembro de 2004

**J**

Juan Humberto Sánchez v. Honduras, de 07 de junho de 2003

**L**

Las Palmeras v. Colombia, de 6 de dezembro de 2001

Loayza Tamayo v. Perú, de 27 de novembro de 1998

López Álvarez v. Honduras, de 1º de fevereiro de 2006

Lori Berenson Mejía v. Perú, de 25 de novembro de 2004

Los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, de 8 de julho de 2004

**M**

Maritza Urrutia v. Guatemala, de 27 de novembro de 2003

Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador, de 25 de outubro de 2012

Masacre de Mapiripán v. Colombia, de 15 de setembro de 2005

Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, de 31 de janeiro de 2006

Masacres de Río Negro v. Guatemala, de 4 de setembro de 2012

Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, de 19 de novembro de 2004

Myrna Mack Chang v. Guatemala, de 25 de novembro de 2003

**P**

Palamara Iribarne v. Chile, de 22 de novembro de 2005

Paniagua Morales y otros v. Guatemala, de 08 de março de 1998

**R**

Raxcacó Reyes v. Guatemala, de 15 de setembro de 2005

Ricardo Canese v. Paraguay, de 31 de agosto de 2004

Rosendo Cantú y otra v. México, de 31 de agosto de 2010

**S**

Suárez Rosero v. Ecuador, de 12 de novembro 1997

**T**

Tibi v. Ecuador, de 7 de setembro de 2004

**V**

Velásquez Rodríguez v. Honduras, de 29 de julho de 1988

Villagrán y otros v. Guatemala, de 19 de novembro de 1999

**X**

Ximenes Lopes v. Brasil, de 4 de julho de 2006

**Y**

Yatama v. Paraguai, de 23 de junho de 2005

**OPINIÕES CONSULTIVAS – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

- a) Opinión Consultiva 3/83 - Restricciones a La Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)
- b) Opinión Consultiva 9/87 - Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)
- c) Opinión Consultiva 5/85 - La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)
- d) Opinión Consultiva 12/91 - Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

- e) Opinión Consultiva 16/99 - El derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal
- f) Opinión Consultiva 17/02 - Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño
- g) Opinión Consultiva 18/03 - Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados
- h) Opinión Consultiva 20/09 - Artículo 55 de la Convención Americana sobre derechos humanos

## **CASOS UTILIZADOS – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

### **A**

- Abas v. The Netherlands, de 26 de fevereiro de 1997
- Aleksandr Zaichenko v. Russia, de 18 de fevereiro de 2010
- Allan v. The United Kingdom, de 5 de novembro de 2002
- Allen v. The United Kingdom, de 10 de setembro 2002
- Ashot Harutyunyan v. Armenia, de 15 de setembro de 2010
- Averill v. The United Kingdom, de 6 de junho de 2000

### **B**

- Beckles v. The United Kingdom, de 8 de outubro de 2002
- Berliński v. Poland, de 20 de setembro de 2002
- Bogumil v. Portugal, de 6 de Abril de 2009
- Brusco v. France, de 14 de outubro de 2010
- Bykov v. Russia, de 19 de março de 2009

**C**

Choudhary v. The United Kingdom, de 4 de maio de 1999

Condron v. The United Kingdom, de 2 de agosto de 2000

**F**

Former King of Greece and others v. Greece, de 23 de novembro de 2000

Former King of Greece and others v. Greece (julgamento *just satisfaction*), de 28 de novembro de 2002.

Funke v. France, de 25 de fevereiro de 1993

**G**

Gäfgen v. Germany, de 1 de junho de 2010

Gladyshev v. Russia, de 30 de outubro de 2009

Gocmen v. Turkey, de 17 de outubro de 2006

Grayson and Barnham v. The United Kingdom, 23 de setembro de 2008

**H**

Heaney and McGuinness v. Ireland, de 21 de março de 2001

Heglas v. the Czech Republic, de 9 de julho de 2007

**I**

I.J.L. and others v. The United Kingdom, de 19 de dezembro de 2000

**J**

J.B. v. Switzerland, de 3 de maio de 2001

Jalloh v. Germany, de 11 de julho de 2006

John Murray v. The United Kingdom, de 8 de fevereiro de 1996

**K**

K. v. Austria, de 13 de outubro de 1992

Khan v. The United Kingdom, de 4 de outubro de 2010

King v. The United Kingdom, de 26 de janeiro de 2010

**L**

Lee Davies v. Belgium, de 28 de julho de 2009

Levința v. Moldova, de 16 de março de 2009

Lingens v. Austria, de 8 de julho de 1986

Lutsenko v. Ukraine, de 3 de julho de 2012

**M**

Magee v. The United Kingdom, de 6 junho de 2000

Mamatkulov and Askarov v. Turkey, de 4 de fevereiro de 2005

Marttinen v. Finland, de 21 de abril de 2009

**N**

Niemietz v. Germany, de 16 de dezembro de 1992

**O**

O'Halloran and Francis v. The United Kingdom, de 29 de junho de 2007

Osmanağaoğlu v. Turkey, de 21 de julho de 2009

**P**

Paladi v. Moldova, de 10 de março de 2009

P.G. and J.H. v. The United Kingdom, de 25 de dezembro de 2001

Phillips v. The United Kingdom, de 12 de dezembro de 2001

Pishchalnikov v. Russia, de 24 de setembro de 2009

**Q**

Quinn v. Ireland, de 21 de março de 2001

**R**

Ramanauskas v. Lithuania, de 5 de fevereiro de 2008

Reyntjens v. Belgium, de 9 de setembro de 1992

**S**

Salabiaku v. France, de 7 de outubro de 1988

Saunders v. United Kingdom, de 17 de Dezembro de 1996

Shabelnik v. Ukraine, de 19 de maio de 2009

Shannon v. The United Kingdom, de 4 de janeiro de 2006

Schenk v. Switzerland, 12 de julho de 1988

Serves v. France, de 20 de outubro de 1997

## **T**

Teixeira de Castro v. Portugal, de 9 de junho de 1998

Telfner v. Austria, de 20 de março de 2001

## **V**

Vasileva v. Denmark, de 25 de dezembro de 2003

## **W**

Weh v. Austria, de 8 de julho de 2004

## **Y**

Yusuf Gezer v. Turkey, de 1 de dezembro de 2009

## **Z**

Z and others v. The United Kingdom, de 10 de maio de 2001

Zhelezov v. Russia, de 23 de abril de 2002