

A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional

Estudo sobre sua admissibilidade e valoração

De Prof. Dr. Gustavo Badaró (USP), São Paulo*

O artigo tem por objeto a hearsay rule e sua aplicação na Corte Penal Internacional. A análise é feita a partir do surgimento da vedação do testemunho indireto nos sistemas de common law e das razões que justificam sua manutenção nos dias atuais. Na sequência, serão analisadas garantias relacionadas com o tema, sob aspectos diversos: right of confrontation, princípio do contraditório e direito de examinar testemunhas. O estudo continua com a jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos sobre a aplicação da hearsay rule. Por fim, será analisada a necessidade ou não da manutenção da vedação da hearsay rule, ante as características estruturais e o procedimento da Corte penal Internacional.

I. Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise do testemunho de ouvir dizer na Corte Internacional de Justiça.

Mais do que uma compilação doutrinária, o que se pretende, no plano do direito processual penal internacional, é um estudo de como se dá a passagem da *law on the books* para *law in action*.

Para tanto, parte-se da premissa, atualmente assente, de que a Corte Penal Internacional adotou um modelo misto, que conjuga elementos de um modelo de inspiração *adversarial*, com traços do sistema norte americano, e de um modelo *inquisitorial* (e não inquisitório – no sentido canônico medieval),¹ que predomina nos ordenamentos de tradição

* O autor é Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo e Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil. Advogado Criminalista. Email: gustavobadaro@usp.br.

¹ A dicotomia acusatório/inquisitório tem sido cada vez mais questionada, na medida em que não existem sistemas puros, mas apenas modelos predominantemente acusatórios ou inquisitórios. Além disso, tais expressões têm que ser esclarecidas, para evitar confusões terminológicas. Atualmente, o melhor critério distintivo é a gestão da prova: os processos acusatórios são aqueles em que a gestão das provas, em especial sua produção, encontra-se em mãos das partes, que atuam como antagonistas na busca de uma reconstrução histórica dos fatos, cada uma segundo o escopo de confirmar a sua *história dos fatos*; enquanto que, no modelo inquisitório, a atividade proeminente na atividade probatória é do julgador, a quem cabe a busca da verdade, não ficando limitado a atividade das partes. Obviamente, que não é nesse mesmo sentido que a dicotomia acusatório/inquisitório é utilizada quando o fator classificativo é a separação de funções entre os sujeitos, o que remonta a um modelo medieval de inquisidor como senhor único de um simulacro de processo, em contraposição a um processo moderno em que há divisão das tarefas de acusar, julgar e defender, confiadas a sujeitos distintos, sendo o acusado um sujeito processual e

romano-germânica, de um juiz com papel mais ativo na produção da prova.²

O Estatuto de Roma, em seu art. 67 (1) (e) do ER,³ assegura ao acusado o direito “a inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

Do ponto de vista dos sistemas de garantias dos ordenamentos jurídicos internos, essas disposições encontram similitude com o *direito a produção de provas em contraditório*, nos sistemas continentais ou romano-germânico, por um lado, ou o *right of confrontation*, do direito norte-americano, de outro.

Evidente que não se trata de uma regra absoluta, na medida em que o Estatuto de Roma prevê exceções a tal direito. Não há, porém, no regime normativo da Corte Penal Internacional, qualquer vedação explícita ao hearsay witness, embora a questão seja debatida na jurisprudência e na doutrina.

Para a análise da admissibilidade e valoração da hearsay witness na Corte Penal Internacional, serão destacados, inicialmente, alguns aspectos históricos que levaram ao surgimento dessa regra nos sistemas de common law, em especial sua ligação com o *right of confrontation*. Depois, a análise seguirá com o tratamento do tema à luz do direito ao contraditório na produção da prova, nos países romano-germânico; e o direito a examinar as testemunhas, nos tratados de direitos humanos. Chega-se, então, ao direito de examinar as testemunhas nas cortes penais internacionais, especialmente a partir da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

não um objeto do qual se pretende extorquir a verdade a todo custo, até mesmo mediante tortura. Para uma crítica a tal dicotomia, no âmbito processual penal internacional, cf. *Ambos/Bock* (El régimen procesal de lós fiscales en lós Tribunales Penales Internacionales, 2013, p. 14) concluem: “El reto del Derecho procesal internacional no es determinar la superioridad de un determinado sistema jurídico, sino garantizar un juicio justo y sin incidencias salvaguardando el respecto a los derechos de los acusados y de otros actores, y empleando un sistema procesal penal eficaz”.

² Para Zappalà (in: Cassese/Gaeta/Jones [eds.], *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*, 2009, Vol. 2, p. 1320), o sistema da CPI é essencialmente adversarial, embora estejam presentes alguns elementos do modelo inquisitorial. *Ambos*, *Derecho procesal penal contemporáneo*, 2011, p. 70, se refere a um processo misto adversarial-inquisitivo.

³ O dispositivo tem clara inspiração no art. 14 (3) (f) da PIDCP, também encontrando semelhança nos tratados regionais de direitos humanos: CEDH, o art. 6 (3) (7); CADH, art. 8 (2) (e).

O Estudo finaliza com a análise da estrutura e funcionamento da Corte Penal Internacional, diante dos fatores que justificaram o surgimento e a manutenção da hearsay rule no modelo adversarial.

II. Principais aspectos históricos da hearsay rule

Nos limites do presente estudo, uma análise histórica do surgimento das exclusionary rules no sistema de common law, até se chegar na hearsay rule, é inviável diante dos seus muitos matizes.

Um dos aspectos mais característicos da law of evidence anglo-americano são as regras de exclusão, entre as quais a inadmissibilidade da hearsay witness fundada nos potenciais prejuízos decorrente da supervalorização pelo julgador, em especial, no caso do júri.⁴ Justamente por isso, aponta-se o caráter profilático das regras de exclusão, por meio das quais se permite que o juiz togado (julgador das questões de direito) aplique as exclusionary rules e impeça que os jurados (juízes de fato) tenham contato com tal material para a sua livre valoração da prova e formação do veredito.⁵ Outro fator importante para o surgimento das regras de exclusão probatória foi a autorização para a atuação dos advogados de defesa nos tribunais ingleses que, ao inquirirem as testemunhas de acusação no lugar do acusado, passaram a suscitar uma série de questões técnicas relativas à admissibilidade da prova, entre elas, a vedação do testemunho de relato.⁶

As regras probatórias em geral e, em especial a proibição do testemunho de ouvir dizer, firmam-se a partir de meados do século XVIII, até o ponto de a hearsay rule tornar-se a regra mais característica da Anglo-América law of evidence.⁷

E, de uma maneira geral, o fundamento mais aceito para a hearsay rule é epistemológico: a melhor maneira de descobrir a verdade, mormente num processo eminentemente oral e centrado em fontes de prova pessoal, é submeter a testemunha a um exame cruzado, para verificar se ela está falando a verdade ou mentindo. Depois de asseverar que “hearsay is not evidence”, *Sir Gilbert* dizia no século XVIII que “nothing can be more ‘indeterminate’ than loose and wandering ‘tes-

timonies’ taken upon the uncertain Report of the Talk and Discourse of others.”⁸

Isso porque, sem a presença da testemunha com conhecimentos direto sobre os fatos, torna-se impossível a cross-examination que, na célebre frase de *Wigmore*, é “the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth”.⁹ Esse posicionamento, embora sujeito a crítica, costuma ser muito repetido.

E, mesmo diante da sempre lembrada passividade do julgador, estando a atividade probatória concentrada nas mãos das partes, num julgamento que se desenvolve num ambiente altamente competitivo, muitos dos seus adeptos defendem que o processo adversarial seria o mais apto a fazer surgir verdade, resultado de um quadro probatório mais amplo, formado a partir do acervo probatório produzido por cada uma das partes, visando demonstrar a sua história dos fatos.¹⁰

III. O direito ao confronto e suas exceções no sistema de common law

No ordenamento norte americano, o right of confrontation é assegurado na VI Emenda à Constituição dos EUA: “in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witness against him”.

A ideia central é que o right of confrontation impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma *pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição* deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições.¹¹

Esse direito, contudo, não tem sido interpretado de forma absoluta e indefectível. Nos EUA a rule against hearsay é prevista no art. 802 da Federal Rules of Evidence. Todavia, há mais de duas dezenas de exceções à vedação da hearsay, seja nos casos em que está presente a fonte originária, mas o

⁸ *Gilbert*, The Law of Evidence, 1791, Vol. 2, p. 890-891.

⁹ *Wigmore*, Evidence in Trials at Common Law, 1974, Vol. 5, Seç. § 1367 p. 32.

¹⁰ *Sward*, Indiana Law Journal 64 (1988-1989), 301 (316); *Neef/Nagel*, New York Law Forum 1 (1974), 123 (124).

¹¹ *Malan* (n. 5), p. 79-80. E, em outra passagem, especifica o conteúdo de tal direito, com base na lição de Stefano Maffei: “O direito ao confronto possui um conteúdo normativo multifacetado, se consubstanciando no direito fundamental do acusado: (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas” (*Malan* [n. 5], p. 87).

⁴ Não se trata, porém, de regra originária do sistema de common law. Para uma análise de tal restrição, séculos antes, no direito probatório dos países romano-germânicos, cf. *Damaška*, in: Taruffo (Coord.), Studi in onore di Vittorio Denti, 1994, Vol. 1, p. 59-88.

⁵ Tal situação, contudo, é fruto de uma evolução do júri, pois no século XVIII tal separação de funções não era tão nítida e o juiz togado tinha grande influência sobre os jurados, inclusive no que diz respeito à valoração da prova. Cf. *Langbein*, Chicago Law Review 45 (1978), 263; *Damaška*, Il diritto delle prove alla deriva, 2003, p. 77 s.; *Landsman*, Cornell Law Review 75 (1990), 505 s.; *Malan*, Direito ao Confronto no Processo Penal, 2009, p. 9.

⁶ Cf. *Langbein*, The origins of adversary criminal trial, 2003, p. 310; *Beattie*, Law and History Review 9 (1991), 222 s.; *Malan* (n. 5), p. 14.

⁷ Cf. *Wigmore*, Harvard Law Review 7 (1904), 437 (458); *Langbein* (n. 6), p. 233; *Taruffo*, La semplice verità, 2009, p. 149.

testemunho indireto é de boa qualidade epistemológica,¹² seja nos casos em que a testemunha esta “indisponível” (unavailable).¹³

Um exemplo frequente de situação de indisponibilidade da testemunha decorre da morte da testemunha ou de doença física ou psíquica,¹⁴ podendo ser valorado o depoimento anteriormente prestado, mesmo que sem possibilidade de confronto. Outras situações que têm sido consideradas de “indisponibilidade” da testemunha, a autorizar a hearsay, são as situações de former testimony e de forfeiture by wrongdoing. Na primeira hipótese, admite-se o testemunho de relato prestado, no mesmo processo ou em processo diverso, caso a parte processual contra a qual tal prova será produzida já tenha tido uma oportunidade e similar motivo para inquirir o autor do depoimento originário.¹⁵ No segundo caso, permite-se aceitar o testemunho de relato oferecido contra parte processual que concorreu para a prática de ato ilícito que acarretou a indisponibilidade do depoente para testemunhar.¹⁶ Isso ocorre, por exemplo, no caso em que o acusado tenha, direta ou indiretamente, praticado ou dado causa ao ato ilícito, por exemplo, em razão de ameaças ou mesmo de ter matado a fonte originária que não mais poderá ser confrontada.

Também na Inglaterra,¹⁷ o *Criminal Justice Act 2003*, em sua Parte 11, Capítulo 2, confere grande margem de discricionariedade judicial para a hearsay witness quando tal “atende aos interesses da justiça”.¹⁸

IV. O direito a produzir prova em contraditório e suas exceções nos países de civil law

Em muitos países de tradição romano-germânica, o direito à prova e o próprio direito de defesa por meio de atividade probatória tem sido extraído da garantia do contraditório,¹⁹ geralmente prevista em nível constitucional.

Como exemplo bem representativo de tal modelo,²⁰ pode-se lembrar o caso italiano, em que a Constituição foi altera-

da²¹ justamente para se adequar ao modelo de justo processo, segundo a interpretação que a Corte Europeia de Direitos Humanos dá à CEDH. Assim, é assegurado que “Todo processo se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante um juiz terceiro e imparcial”.²² Além disso, passou a ser previsto que o acusado tem “a faculdade, diante do juiz, de interrogar ou fazer interrogar as pessoas que fazem declarações contra ele, de obter a convocação e o interrogatório de pessoas em sua defesa nas mesmas condições da acusação”.²³

A garantia da produção da prova em contraditório, obviamente, não é absoluta, e também comporta restrições legítimas no caso de confronto com outros direitos constitucionalmente assegurados, que no caso concreto de colisão mereçam maior proteção.

A produção de provas em contraditório está ligada diretamente às chamadas provas constituídas.²⁴ As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existent ao processo, enquanto que as constituídas são constituídas e produzidas como atos do processo.²⁵ As provas constituídas se formam no âmbito do processo, enquanto que as provas pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais.²⁶

No que diz respeito à admissão ou não da hearsay witness interessam as características e regras aplicáveis às provas constituídas, decorrentes de fontes de provas pessoais (p. ex.: vítimas e testemunhas) que têm sua produção no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividades processuais das partes e do juiz, bem como demandando tempo para sua produção em contraditório.

Quanto a este último aspecto, Comoglio assevera que a oralidade da produção do depoimento, em contraditório de parte, na presença do juiz, “configura um denominador mínimo de *forma oral* e de controle dialético”, que não pode ser “substituído por uma equivalente *forma de depoimento escrito*, realizado fora do contraditório” (*destaque do autor*).²⁷

actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

²¹ Pelo art. 1º da Lei Constitucional n. 1 de 16.1.1989.

²² Constituição, art. 111 comma 2.

²³ Constituição, art. 111 comma 3.

²⁴ Como explica *Cordero* (Tre studi sulle prove penali, 1963, p. 55) quanto a estrutura do ato aquisitivo, “provas que preexistem na realidade extraprocessual, se contrapõem àquelas formadas no processo”.

²⁵ *Comoglio*, Le prove civile, 1998, p. 8.

²⁶ *Taruffo*, La prova dei fatti giuridici, 1992, p. 352.

²⁷ *Comoglio* (n. 25), p. 259-260. Tal posicionamento, contudo, do ponto de vista do direito posto italiano, não mais vigora diante da reforma do CPC promovida pela Lei n. 69 de 2009, que nos artigos 257-bis e 103-bis, das disposições transitórias, passou a admitir, em relação à prova testemunhal, a possibilidade de um depoimento por escrito. Como explica *Crevani* (in: *Taruffo* [Coord.], La prova nel processo civile, 2012, p. 273 [p. 363-364]), a razão de tal novo instrumento foi atender a necessidade de “accelerare il tempi della giustizia civile”, ainda que “al fine di ottenere tempi più

¹² FRE, art. 803.

¹³ FRE, art. 804.

¹⁴ FRE, art. 804 (a) (4).

¹⁵ FRE, art. 804 (b) (1).

¹⁶ FRE, art. 804 (b) (6).

¹⁷ A mesma tendência tem sido encontrada nos demais países de common law, como se verifica do Consultation Paper – Hearsay in civil and criminal cases, da Law Reform Commission, da Irlanda (março de 2010).

¹⁸ Art. 114 (1) (d). Por sua vez, no art. 114 (2) há um rol, não taxativo, de nove situações a serem consideradas para o juiz admitir o depoimento de relato. Na doutrina, cf. *Summers*, Fair Trials, The european criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, 2007, p. 132-136; *Kan/Busiman/Gosnell* (eds.), Principles of Evidence in International Criminal Justice, 2010, p. 123-127.

¹⁹ Cf. *Ambos*, Processo Penal Europeu, 2008, p. 67-125, em especial p. 13.

²⁰ Também pode ser lembrado o caso de Portugal, cujo art. 32 (5) da Constituição prevê que: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os

Porém, embora seja inegável a importância do contraditório, possibilitando às partes uma interlocução prévia sobre tudo aquilo que possa interferir na decisão judicial, ele não deve ser considerado uma “condição geral e absoluta para utilização do meio de prova”.²⁸ Como explica *Taruffo*, a regra segundo a qual a prova deve se formar em contraditório vale somente *no processo*, ou seja, para as *provas constituendas*, que propriamente são criadas no processo; já para as outras provas, isto é, as *pré-constituídas*, o importante é que seja garantido o contraditório, não para a formação da prova,²⁹ mas para a sua valoração.³⁰ Neste caso, basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial.³¹

O contraditório possui um inegável valor heurístico, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários.³² Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade.³³ As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros.³⁴

Justamente por isso, há que se distinguir entre provas “produzidas em contraditório” e provas “submetidas ao contraditório”, o que, segundo *Ubertis*, equivale às expressões “contraditório sobre a prova” e “contraditório para a

veloci e più certi per la definizione dei giudizi, sia sacrificabile, al meno in parte, il principio dell contraddittorio in relazione al momento della formazione della prova testimoniale”. No processo penal brasileiro, o depoimento escrito é possível nos casos previstos no parágrafo único do art. 221 do CPP, em que o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito.

²⁸ *Taruffo* (n. 26), p. 403.

²⁹ O documento, afirma *Carnelutti* (La Prova Civile, 1947, p. 291) “è una prova che no si fa sotto gli occhi di chi ne usa”.

³⁰ *Carnelutti* (n. 29), p. 403.

³¹ *Taormina*, Il regime della prova nel processo penale, 2007, p. 390.

³² *De Luca*, Rivista italiana di diritto e procedura penale 1992, 1255 (1261).

³³ Cf. *Ubertis*, Principi di procedura penale europea, 2000, p. 36; *Magalhães Gomes Filho*, A motivação das decisões penais, 2001, p. 39.

³⁴ *Zappalà*, Diritto penale e processo 1998, 886 (888). Segundo *Popper* (A Miséria do Historicismo, 1980, p. 104 s.), “exatamente porque nosso objetivo é o de formular teorias tão perfeitas quanto possível, devemos submetê-las a testes tão severos quanto possível, ou seja, devemos tentar identificar erros que nelas se contenham, devemos tentar falseá-las. [...] Com efeito, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam”.

prova”, isto é, um contraditório *fraco* e um contraditório *forte*.³⁵

A prova testemunhal deve ser produzida em contraditório, o que não se confunde com a mera submissão, a posterior, de uma prova produzida inquisitorialmente, a um contraditório diferido. A garantia da defesa está na institucionalização do poder de confrontação da acusação por parte do acusado.³⁶ Seria ignorar totalmente o potencial heurístico do contraditório, enquanto mecanismo dialético de verificação da resistência de hipóteses conflitantes.

Há, porém, exceções em que se admite uma relativização do contraditório. A mais comum delas é a admissão da valoração de declarações prévias não realizadas em contraditório, no caso de fonte de *prova irrepetível*.³⁷ Trata-se de hipótese de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (p. ex.: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro (p. ex.: exemplo, violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do depoente).

Ou seja, uma leitura do reflexo probatório da garantia do contraditório na produção da prova decorrente de fonte pessoal evidencia que, também nesse caso, não há uma regra absoluta e indefectível. A regra é que a prova a ser valorada pelo juiz seja produzida em contraditório. Há, porém, exceções, em que se admite produção de prova mesmo que não tenha sido produzida em contraditório (p. ex.: declaração escrita de testemunha já falecida, prestada na fase de investigação preliminar), que poderá ser valorada pelo juiz na formação do seu convencimento judicial.

V. O direito de examinar as testemunhas e suas exceções nas cortes de direitos humanos

Finalmente, mas não menos relevante, cabe analisar a situação à luz das convenções e tratados internacionais de direitos humanos e, também, sua aplicação na jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos.

O PIDCP prevê, no art. 14 (3), o direito do acusado “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

A CEDH, no art. 6 (3) (d), assegura o direito do acusado “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”.

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8 (2) (f), prevê que o acusado tem o “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”.

³⁵ *Ubertis*, Argomenti di procedura penale, Vol. 2, 2006, p. 17 s.

³⁶ *Ferrajoli*, Diritto e ragione, 1998, p. 130.

³⁷ Nesse sentido, por exemplo, CPP brasileiro, art. 156, caput.

É inegável que tais dispositivos, semelhantes em suas redações, têm inspiração nos modelos de common law e, mais especialmente, parecem ter por objetivo assegurar o caráter adversarial do processo.³⁸ Isso não significa, porém, que está a assegurar o direito ao confronto a ser exercido mediante exame cruzado, como característico do modelo norteamericano. Não há qualquer obrigação dos Estados Partes de adotar um modelo adversarial, nem de disciplinar a produção da prova oral, ou melhor, a exclusão de testemunhas toda vez que não seja possível o exercício pleno do direito ao confronto. Nem mesmo há necessidade de que as perguntas sejam formuladas diretamente pelas partes, podendo se dar por intermédio do juiz.³⁹

Por exemplo, a Corte Europeia, várias vezes, já se manifestou no sentido de que sua tarefa, no âmbito da Convenção, não é se pronunciar quanto à possibilidade do depoimento de uma testemunha ter sido corretamente admitido como prova, mas sim verificar se o processo como um todo, incluindo a maneira em que a evidência foi tomada, era justo.⁴⁰

Efetivamente, o direito a examinar as testemunhas não é absoluto, e se assim fosse tratado, poderia transformar-se em um obstáculo desproporcional para a administração da justiça, dando ensejo a abusos e sabotagens.⁴¹ De se ressaltar, porém, que num primeiro momento, a CEDH não aceitou que tal restrição pudesse se dar mediante depoimentos anônimos.⁴²

Por outro lado, a Corte Europeia tem considerado que não há violação do art. 6 (3) (d), da Convenção Europeia quando há utilização de declarações prestadas na fase pré-processual, desde que tenha sido dada ao acusado uma adequada oportunidade para desafiar e questionar o testemunho contra ele, seja quando ele fez a declaração, seja em uma fase posterior do processo.⁴³

³⁸ *Trechsel/Summers*, Human rights in criminal proceeding, 2005, p. 292.

³⁹ *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 311, observam que o PIDCP e a CEDH referem-se a “examined” mas também preveem a alternativa “or have examined”, o que já não é previsto na CADH.

⁴⁰ CEDH, sentença de 23.4.1997 (Mechelen e outros v. Holanda), § 50; CEDH, sentença de 26.3.1996 (Doorson v. Holanda), § 67; CEDH, sentença de 14.2.2002 (Visser v. Holanda), § 43; CEDH, sentença de 27.2.2001 (Lucà v. Itália), § 38; CEDH, sentença de 17.7.2001 (Sadak e outros v. Turquia), § 63; CEDH, sentença de 6.5.2003 (Perna v. Itália), § 26; CEDH, sentença de 22.4.1992 (Vidal v. Bélgica), § 34.

⁴¹ *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 292.

⁴² CEDH, sentença de 20.11.1999 (Kostovski v. Holanda), § 44.

⁴³ CEDH, sentença de 26.4.1991 (Asch v. Áustria), § 20; CEDH, sentença de 11.10.1985 (Barberá, Messegué e Jabardo v. Espanha), § 78; CEDH, sentença de 20.11.1999 (Kostovski v. Holanda), § 41; CEDH, sentença de 27.9.1990 (Windisch v. Austria), § 26; CEDH, sentença de 19.12.1990 (Delta v. França), § 36; CEDH, sentença de 19.2.1991 (Isgrò v. Itália), § 34; CEDH, sentença de 20.9.1993 (Saïdi v. França), § 43; CEDH, sentença de 7.8.1996 (Ferranteli e

Especificamente com relação ao objeto do presente estudo, é claro que a CEDH não contém uma proibição de admissão da hearsay witness. Significativo nesse sentido foi o julgamento pela Corte Europeia, no caso *Asch v. Áustria*, em que se considerou não haver violação do art. 6 (3) (d), num caso de violência doméstica, em que a vítima, parceira do acusado, recusou-se a depor em juízo, sendo sua declaração relatada por um oficial da polícia. De se ressaltar que no caso havia provas independentes, consistentes em registros médicos, a corroborar a versão da vítima. A Corte considerou que o sistema processual criminal austríaco assegura ao acusado um fair trial mesmo o acusado não tendo a possibilidade de submeter a testemunha ao cross-examination em qualquer fase do processo.⁴⁴

Em suma, como linha geral, a Corte Europeia de Direitos Humanos vem admitindo que a *produção da prova* sem a possibilidade de o acusado examinar a testemunha no tribunal não é incompatível com o art. 6 (3) (d) da CEDH,⁴⁵ desde que a *condenação penal não seja fundada exclusivamente* ou de *forma preponderante* em tais depoimentos prestados antes da fase judicial, sem observância do contraditório.⁴⁶

Essa solução também tem sido aceita pela doutrina em relação à hearsay evidence.⁴⁷

VI. O direito de examinar as testemunhas e suas exceções nas cortes penais internacionais

Cabe agora a análise do direito concretamente aplicado pelos tribunais.

A questão concreta é: o direito a examinar as testemunhas na CPI, assegurado pelo art. 67 (1) (e) do ER, previsto entre as garantias mínimas do acusado, e que integram o fair trial, é compatível com a admissibilidade da hearsay witness?

Além disso, e mais claramente, diante do próprio regime de regra e exceção previsto no próprio ER, as medidas de

Santangel v. Itália), § 57; CEDH, sentença de 2.7.2002 (SN v. Suécia), § 44.

⁴⁴ CEDH, sentença de 26.4.1991 (*Asch v. Áustria*), §§ 28-30.

⁴⁵ O referido dispositivo consagra o direito do “acusado a interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

⁴⁶ CEDH, sentença de 26.3.1996 (Doorson v. Holanda), § 76; van CEDH, sentença de 23.4.1997 (Mechelen e outros v. Holanda), § 55; CEDH, sentença de 14.12.1999 (Am v. Itália), § 25; CEDH, sentença de 14.2.2002 (Visser v. Holanda), § 43; CEDH, sentença de 28.3.2002 (Birutis e outros v. Lituânia), § 29; CEDH, sentença de 27.2.2001 (Lucà v. Itália), § 40; CEDH, sentença de 17.7.2001 (Sadak e outros v. Turquia), § 65; CEDH, sentença de 31.10.2001 (Solakov v. Ex-Iugoslávia República da Macedônia), § 57; CEDH, sentença de 20.12.2001 (PS v. Alemanha), § 24; CEDH, sentença de 19.6.2003 (Hulki Günes v. Turquia), § 86; CEDH, sentença de 5.12.2002 (Craxi v. Itália), § 86; CEDH, sentença de 13.11.2003 (Rachdad v. França), § 23. Para uma crítica a tal posicionamento, considerando-o insuficiente, cf. *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 312-313.

⁴⁷ *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 332.

proteção a vítimas e testemunhas, previstas no art. 68, poderiam justificar a hearsay witness?

A análise deve partir da premissa inicial, de que a CPI adotou um modelo internacional de processo, caracterizado com um modelo misto,⁴⁸ que reconhece a legitimidade da produção de prova testemunhal sem confronto e exame cruzado das testemunhas, nos moldes exigidos pelos sistemas de common law.⁴⁹

A disciplina probatória da CPI apresenta várias exceções ao que poderia ser considerado um modelo marcadamente adversarial, em que a atividade probatória é confiada predominantemente, para não se dizer exclusivamente, nas mãos das partes, devendo a produção e valoração da prova, em especial, das fontes pessoais, ocorrer mediante testemunho, sendo assegurado o direito ao confronto, cujo exercício se dá por meio da cross-examination.

O art. 67 (1) (e) assegura ao acusado o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação ou interrogatório das testemunhas de sua defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

Todavia, resta claro que tal direito não é ilimitado, sendo que o próprio Estatuto prevê exceções, como no caso do testemunho de vítimas de crimes sexuais, em que se admite que o depoimento seja prestado por videoconferência ou meios eletrônicos especiais (ER, art. 68 [2]).⁵⁰

Outra exceção é encontrada no art. 69 (2): “O depoimento de uma testemunha no processo será dado pessoalmente, a não ser nos limites das medidas previstas no artigo 68 ou no Regulamento Processual. O Tribunal pode também permitir a adoção de viva voz (oral) ou depoimento gravado de uma testemunha, por meio de vídeo ou áudio, bem como a introdução de documentos ou transcrições escritas, sujeitos ao presente Estatuto e de acordo com o Regimento e prova.

⁴⁸ *Ambos*, International Criminal Law Review 3 (2003), 1, consultada versão em português in *o mesmo.*, Processo Penal Internacional, 2012, p. 7-57.

⁴⁹ *Schabas*, in: Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, p. 1265. Todavia, a própria Corte já decidiu que o ER introduziu um “adversarial hearing” em seu sistema: ICC, decisão de 2.2.2007 e 13.6.2007 – ICC-01/04-01/06 AO8 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the “Directions and Decision of the Appeal Chamber”), § 18. O ICTY decidiu que “O Tribunal Internacional é, de fato, uma instituição sui generis, com suas próprias regras de procedimento que não constituem uma mera transposição dos sistemas jurídicos nacionais. O mesmo vale para a realização do julgamento, que, ao contrário dos argumentos de defesa, não é semelhante a um adversarial trial, mas está se movendo em direção a um sistema mais híbrido” (ICTY, decisão de 21.1.1988 – IT-95-14-T, [Hearsay with no Inquiry, Prosecutor v. Blaškić].

⁵⁰ ER, art. 68 (2), que são aplicáveis durante toda a persecução, seja na fase pré-processual, processual e, até mesmo, na fase de apelação e revisão (*Donat-Cattin*, in: Triffterer [n. 49], p. 1279).

Essas medidas não devem ser prejudiciais ou incompatíveis com os direitos do acusado”.⁵¹

O dispositivo deixa clara a preferência pela fonte primária da prova testemunhal, que deverá depor perante o tribunal, possibilitando assim uma melhor oportunidade para as partes examinarem a testemunha e para a Corte formular perguntas⁵² e valorar o comportamento e a credibilidade da testemunha.⁵³ Admite, porém, medidas excepcionais, com a ressalva de que tais relativizações do julgamento público e do depoimento oral não sejam “prejudiciais ou incompatíveis com os direitos do acusado”.

Este, realmente, é o *punctum saliens*: quando e em que medidas, tais restrições serão legítimas e, portanto, compatíveis com o fair trial e os direitos fundamentais do acusado ou, por outro lado, quando tais medidas, ainda que adotadas com a relevante finalidade de proteger vítimas e testemunhas, acabarão causando uma indevida e inadmissível violação dos direitos do acusado.⁵⁴ A análise levará em conta, especialmente, a jurisprudência do ICTY e do ICTR.

O uso de pseudônimos, que foi adotado com frequência no ICTY, está previsto no art. 87 (3) do RPP da CPI, entre as medidas de proteção. Trata-se, normalmente, de instrumento que restringe a natureza pública do julgamento, mas não afeta diretamente o direito de defesa, principalmente quando o acusado conhece a identidade da testemunha ou pode obtê-la para fins de investigação defensiva.

Com relação às testemunhas anônimas, não há permissão para o seu uso entre as medidas especiais do art. 88 das RPP⁵⁵ da CPI. Todavia, tal medida fora anteriormente aceita em alguns casos pelo ICTY, embora havendo votos divergentes e intensa crítica doutrinária.⁵⁶

⁵¹ Merece destaque a previsão do art. 87 (3) (c) das RPP que admite que a imagem e a voz das testemunhas sejam alterados por procedimentos eletrônicos, o que, nas palavras de *Piragoff* (in: Triffterer [n. 49], p. 1313) representa uma distorção que dilui o direito do acusado confrontar seu acusador e só pode ser em situações nas quais a segurança e o direito a privacidade das testemunhas estejam em risco e depois de o acusado ter tido a oportunidade de ser ouvido sobre o assunto.

⁵² Além disso, a preocupação com o direito de examinar a testemunha fica clara no art. 67 (1) das RPP, que condiciona a realização do depoimento por meios de áudio ou vídeo a “que estes meios permitam que a testemunha seja interrogada pelo Fiscal, pela defesa e pela própria Sala, no momento em que prestar o seu testemunho.

⁵³ *Piragoff* (n. 51), p. 1312.

⁵⁴ Segundo *Jones*, in: Casesse/Gaeta/Jones (n. 2), p. 1363.

⁵⁵ As RPP da CPI no art. 87 (3) admite o uso de pseudônimo (d), mas não prevê a admissão de testemunhas anônimas. Tratase, todavia, de rol não taxativo, como deixa clara a expressão “inter alia”.

⁵⁶ A ICTY aceitou o julgamento anônimo, estabelecendo cinco condições para tanto, no Caso Tadić: ICTY (Trial Chamber II), decisão de 10.8.1995 (Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protect Measures for Victims and Witness, Prosecutor v. Tadić), §§ 62-66. Posteriormente,

Não há que se confundir, por óbvio, a testemunha anônima com a hearsay witness. Tratam-se de regimes diversos com graus de restrição ao contraditório e ao exame da testemunha bastante distintos.

O ER e as RPP não estabelecem uma disciplina específica da hearsay witness. É fácil constatar, porém, que nesses corpos normativos, não há um regramento exaustivo da disciplina das regras de prova, tal qual se encontra nos ordenamentos internos.

O tema foi objeto de análise em alguns julgados do ICTY. Embora não houvesse previsão legal,⁵⁷ e num primeiro momento não tenha sido aceito o testemunho indireto, posteriormente se admitiu o hearsay witness, deixando-se claro que o regime probatório do tribunal não era o mesmo dos países de common law, não sendo correto um transporte puro e simples para o processo penal internacional da exception hearsay.

Em importante julgado, o ICTY decidiu que pedido da defesa de que o tribunal se pronunciasse sobre a admissibilidade da hearsay evidence, sem efetivamente ouvir o seu conteúdo, e conclui que, embora possa ser apropriado no contexto de um julgamento pelo júri, não se justifica nos processos perante tribunais de juízes profissionais, nos quais

contudo, houve uma restrição ao anonimato das testemunhas no Caso Blaškić, em que passou a se admitir o anonimato somente durante a investigação preliminar, devendo o acusador, logo após o início do processo, revelar o nome da testemunha, para que o acusado tenha tempo para preparar sua defesa para o exame cruzado (ICTY, decisão de 5.11.1996 – IT-95-14-T [Decision on the Application of the Prosecutor Dated 17 October 1996 Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, Prosecutor v. Blaškić]). Para uma crítica doutrinária dos testemunhos anônimos no ICTY, cf. *Leigh*, *American Journal of International Law* 91 (1997), 80: “Every trial lawyer knows that effective cross-examination depends in major part on careful advance preparation. And this in turn depends on knowing the identity of accusing witnesses”. cf. Também, para uma crítica à luz da presunção de inocência: *Momeni*, *Howard Law Journal*, 41 (1997), 151 (155). Para uma análise dos julgados do ICTY, cf. *Pozen*, *International Law and Politics* 38 (2006), 281.

⁵⁷ A reforma da RPP do ICTY, realizada em 13.12.2000, deixou clara essa possibilidade. O antigo parágrafo (a) do art. 90 que previa que as “testemunhas devem, em princípio, ser ouvidas diretamente pela Câmara” foi revogada e foi acrescido o parágrafo (f) ao artigo 89, dispondo que “A Câmara pode receber a prova de uma testemunha oralmente ou, quando o interesse da justiça permitir, na forma escrita”. Com isso, os testemunhos por escrito passaram a ter o mesmo valor que o depoimento oral e direto da testemunha”. Por outro lado, foi introduzido o art. 92-bis (Proof of Facts other than by Oral Evidence) prevendo que: “A Câmara pode admitir, inteiramente ou em parte, a prova de uma testemunha em forma de uma declaração escrita em vez de um testemunho oral que se destine a provar uma questão que não sejam os atos e a conduta do acusado imputados nas denúncia”.

os julgadores são capazes, “em virtude da sua formação e experiência, para ouvir o depoimento no contexto em que foi obtido e lhes dar o valor adequado. Posteriormente, eles podem determinar a relevância e o valor probatório dos elementos”.⁵⁸

Porém, posteriormente, no caso Kordic e Cerkez, o TPIY não admitiu a utilização de declarações de uma testemunha do Ministério Público pois, no caso, equivaleria a “uma aceitação ampla das provas hearsay sem poder verificá-las em cross-examination [...] e tal não teria valor probatório”.⁵⁹ Tais posições não deixam de ser contraditórias: a hearsay witness pode ser admitida num tribunal penal internacional, pois seu juízes profissionais, ao ouvir tal depoimento indireto, saberão lhe dar o valor adequado; mas aceitar a hearsay, sem possibilidade de reperguntas, impede que se verifique seu valor probatório!

Posteriormente, no caso Aleksovski, o TPIY aceitou a transcrição de um testemunho do Almirante Domazet, prestado no caso Blaskic, na qualidade de hearsay, uma vez que neste processo já tinha havido a possibilidade de formular, os fatos eram na mesma área, os dois processos tinham muitos aspectos fáticos e jurídicos em comum e, não foi demonstrado “nenhuma linha em particular de formulação de reperguntas que tivesse sido relevante e significativa para o processo Aleksovski, mas que não teria sido também relevante e significativa para o processo Blaskic”.⁶⁰

Passando-se especificamente para a jurisprudência da CPI, o posicionamento tende a ser semelhante. Uma distinção importante é entre o anonymous hearsay e o hearsay proveniente de fonte conhecida.

A CPI decidiu que um anonymous hearsay contido em declarações escritas de testemunhas serão utilizados somente com a finalidade de corroboração de outras provas, enquanto que um anonymous hearsay de segundo grau e mais remoto, contido nas declarações escritas de testemunhas, serão utilizados com cuidado, até mesmo com o mero propósito de corroboração de outras provas.⁶¹ Isso, tendo em vista “as

⁵⁸ ICTY (Appeals Chamber II), decisão de 5.8.1996 – IT-94-1-T (Decision on Defence Motion of Hearsay, Prosecutor v. Tadić.), § 15-19. Ainda no mesmo sentido, cf. ICTY, decisão de 21.1.1998 – IT-95-14-T (Decision on the standing objection on the defense to the admission of Hearsay with no Inquiry as to its reliability, Prosecutor v. Blaškić.), § 12.

⁵⁹ ICTY (Trial Chamber), decisão de 29.7.1999 – IT-95-14/2 (Decision on the Prosecutor Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence, Prosecutor v. Kordic and Cerkez.), § 23.

⁶⁰ ICTY (Appeals Chamber), decisão de 16.2.1999 – IT 95-14-I-AR73 (Decision on the Prosecutor’s Appeal on the Admissibility of Evidence, Prosecutor v. Aleksovski.), § 20. No mesmo sentido: ICTY (Trial Chamber), decisão de 29.7.1999 – IT-95-14/2 (Decision on the Prosecutor Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence, Prosecutor v. Kordic and Cerkez.), § 27.

⁶¹ ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803-tEn (Decision on the Confirmation of Charges, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), § 101-106;

dificuldades inerentes à determinação da veracidade e autenticidade de tais informações”.⁶² Já a hipótese da hearsay de uma fonte conhecida, deve “ser analisada caso a caso”, “tendo em conta fatores como a consistência da informação em si, sua consistência com as provas como um todo, a confiabilidade da fonte e a possibilidade para a Defesa desafiar a fonte”.⁶³

No caso Callixte Mbarushimana, com base em tais premissas, a Câmara de Pré-Julgamento da CPI não admitiu uma das acusações, por considerar “que a única prova que menciona a prática de estupro em Manje é um relatório da Human Rights Watch Report, e que as informações relevantes nele contidas são baseadas em hearsay, cujo valor probatório é menor que o de outras provas. Na ausência de uma prova de corroboração, as informações contidas no relatório da Human Rights Watch não podem ser considerados como elementos suficientes para estabelecer o motivos sérios para acreditar que o estupro, de acordo com o artigo 8 (2) (e) (vi) do Estatuto, foi cometido durante o ataque em Manje”.⁶⁴

Assim, nos julgados da CPI não há uma vedação absoluta à utilização da hearsay, prevalecendo o posicionamento de que, uma vez admitida, deverá ter um valor probatório menor que o testemunho direto. Este, porém, não é um critério de valoração de prova previsto especificamente no ER, mas que pode e deve ser aceito como uma medida compensatória pela restrição ao contraditório e com vistas a preservar a presunção de inocência, enquanto regra de julgamento consubstanciada no in dubio pro reo. O problema, portanto, é de valoração da prova e não de admissibilidade. Não se pode deixar de obsevar, porém, que não há nada de extraordinário

ou inovador nesse posicionamento, que representa a busca de um ponto de equilíbrio.⁶⁵

É verdadeiro truismo insistir no maior valor probatório dos testemunhos de fontes diretas, sobre os testemunhos de ouvir dizer. Inegavelmente, neste caso, há várias dificuldades, na medida que não será possível testar o grau de memória e de percepção da fonte direta, também não haverá como verificar a ambiguidade e a insinceridade, bem com os equívocos honestamente cometidos, enquanto manifestações de não acuidade da narrativa.⁶⁶ Todavia, entre abdicar de tal meio de prova e aceitá-lo, com reservas, optou-se pelos segundo caminho.

VII. Desnecessidade da hearsay rule na Corte Penal Internacional

Exposta a posição atualmente adotada pela CPI, resta analisar se o linha seguida é a melhor. Em outras palavras: há necessidade ou não da aplicação da hearsay rule no processo penal internacional, em especial, no sistema da CPI?

Ante o silêncio do ER sobre a possibilidade ou não da admissão do chamado hearsay witness, a solução, como já exposto, não deve ser buscada numa análise inspirada exclusivamente nos modelos de common law, principalmente em tempos mais remotos, em que o direito ao confronto era quase que absoluto.

Não há, porém, como negar que nos sistemas de common law, em especial, no direito norte-americano é que ainda se encontram maior força a a hearsay rule.

O que se procurará demonstrar, no presente item é que nenhum desses aspectos historicamente conexos com o contexto institucional do sistema adversarial norte-americano se encontra presente no sistema da Corte Penal Internacional, a ponto de justificar que em seu processo se aplique a hearsay rule, excluindo-se o testemunho de auditu.

Para tal análise, seguir-se-á o posicionamento de *Damaška*, segundo o qual os três principais fatores que explicam as características da law of evidence são: a organização da corte de primeiro grau, a concentração temporal dos processo e, por fim, a maior influência das partes nos processo.⁶⁷

ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chiu), § 118-20, 137-40; ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 49.

⁶² ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 78.

⁶³ ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chiu), § 141; ICC (Pre-Trial Chamber I) decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 49. No mesmo sentido, admitindo a hearsay, por haver outras provas que a corroboram: ICC (Pre-Trial Chamber II), decisão de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Decision Pursuant to Article 61 [7] [a] and [b] of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), § 123-134 e 147.

⁶⁴ ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 149.

⁶⁵ Esse, aliás, a linha geral da CPI em temas probatórios: reconhece-se às partes o direito à prova, mas também se confere ao juiz o poder de determinar ex officio diligências que considere relevantes; dá-se preferência ao depoimento oral, em juízo, com possibilidade da parte contrária indagar a testemunha, mas se reconhece, também que o depoimento de vítimas e testemunhas poderá ocorrer por videoconferência ou outros meios tecnológicos, bem como mediante depoimentos gravados e, até mesmo, declarações escritas.

⁶⁶ *Strong*, in: *Strong* (ed.), *McCormick on Evidence*, 1992, p. 426.

⁶⁷ *Damaška* (n. 5), p. 181. Evidente que outras linha de análise poderiam ter sido seguidas. Seria difícil a transposição do enfoque de *Chase* (*Law, Culture and Ritual, Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, 2005, consultada na tradução italiana *Gestire i Conflitti, Diritto, Cultura, rituale*, 2009, cap. 4), pois teria que se identifica a “cultura” de uma “sociedade global”. De qualquer forma, parece pouco prová-

Partindo do tribunal do júri enquanto arquétipo do sistema adversarial, há o temor de que os julgadores leigos não estejam aptos a valorar corretamente uma prova indireta, podendo supervalorizá-las, mesmo sem a fonte originária ter sido submetida ao exame cruzado, para verificar sua credibilidade e veracidade de seu depoimento⁶⁸. Assim, a rule against hearsay visa limitar o material a ser valorado por um corpo de jurados leigos, com finalidade de garantir uma melhor qualidade do julgamento.

Tal situação é em tudo diversa do que ocorre na CPI, um tribunal formado por magistrados profissionais.⁶⁹ Ao mais, embora julgando colegiadamente, a CPI não apresenta uma bifurcação de funções entre triers of facts e triers of law. Há um tribunal de juízes profissionais que julgam tanto as questões de fato quanto as de direito. Logo, o mesmo juiz tem

vel que aspectos culturais como igualdade, populismo, liberalismo e antiestatalismo, destacados como caracterizadores do “excepcionalismo” norte-americano no processo civil, possam ser identificados com os aspectos culturais que levaram a população mundial, por meio da Organização das Nações Unidas, a criar a Corte Penal Internacional e, principalmente, definir modelo de processo por ela adotado. Outra importante linha de análise comparativa, entre o modelo norte-americano e os sistemas de civil law, em especial, o francês, foi elaborada por *Garapon/Papapoulos* (Julgar nos Estados Unidos e na França, cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada, 2008, p. 101) segundo os quais “enquanto a cultura jurídica romanista procura a *substantia* da verdade tentando estabelecer um relato oficial por meio da decisão judicial de um magistrado, a cultura jurídica da common law, ao contrário, organiza o confronto de duas versões para fazer triunfar publicamente o relato mais verossímil” (*destaque do autor*). A origem dessa diferença profunda deve ser buscada, segundo os autores, na religião, vez que “a concepção da verdade do catolicismo e do protestantismo e, mais precisamente, do puritanismo americano, assim com a relação do indivíduo com o universal, diferem inteiramente”. Trata-se, porém, de critério voltado claramente para aspectos das legislações e organizações jurisdicionais nacionais.

⁶⁸ Cf. *Weinstein*, Iowa Law Review 46 (1961), 331.

⁶⁹ Isso não significa superestimar da capacidade dos magistrados togados, em face de uma menor capacidade cognitiva dos juízes leigos, que já foram considerados *judice idiotae*. Não há estudos empíricos seguros que demonstrem que o magistrado profissional tem mais capacidade para apreciar e valorar provas que os leigos. Sobre o tema, *Damaška* (n. 5), p. 58, conclui que a fragilidade da mente do jurado, frequentemente invocada como explicação das regras do law of evidence angloamericano, não explica os tratamentos diversos como comumente se pensa. Porém, nos parece inegável que a experiência adquirida ao longo do exercício da atividade profissional, em um tema como a hearsay witness, é relevante para a resolução de questão que não é exclusivamente *heurística*, mas também *hermenêutica*, com vista a correta aplicação de critérios legais de admissão e valoração da prova. Há, pois, menos riscos na atividade de um colegiado formado por juízes profissionais.

funções de julgar os fatos e aplicar a lei, cabendo a ele decidir sobre critérios legais de admissibilidade da prova e, depois, valorar as provas validamente produzidas.

As diferenças, ao mais, ultrapassam a mera divergência: jurado e juiz profissional. Mais do que a presença de jurados, o que justifica a vedação do testemunho de relato, é uma estrutura procedimental baseada em audiência concentrada – o day in court –, ao final da qual os jurados decidirão de modo não motivado.

Nos julgamentos concentrados, que se estruturam numa audiência una de julgamento – como o júri norte-americano – há necessidade de seleção prévia do material que poderá ser submetido à apreciação dos jurados, pela natural limitação de tempo para a atividade de apreciação e valoração da prova.⁷⁰ Além disso, quando uma testemunha se refere a declarações feitas por um terceiro, num processo com audiências fragmentadas e dispersas, há tempo e oportunidade suficientes para que se leve a fonte originária perante o juiz em uma futura audiência.⁷¹ Evidente que isso não ocorre no caso de um procedimento com audiência concentrada.

O procedimento perante a CPI está longe de ser um modelo de audiência una, em que seria impossível, no caso de depoimento de uma fonte de segunda mão, mediante a informação e revelação da fonte originária, obter o seu depoimento em momento posterior. Nada impede que admitida e ouvida uma testemunha *de relato*, tendo esta identificado a fonte originária e estando esta “disponível”, que se realize uma futura audiência para ouvi-la perante a corte. Por outro lado, mesmo no caso de indisponibilidade da fonte, haverá tempo para a parte prejudicada pelo depoimento de relato produzir outras provas procurando atacar, seja a credibilidade da fonte originária, seja o conteúdo daquilo que teria narrado a testemunha de segunda mão e que foi reproduzido perante o tribunal.

Além disso, a necessidade de confrontar a testemunha diretamente perante o tribunal se mostra muito mais importante nos sistemas em que a testemunha está muito mais próxima e ligada à parte do que ao juiz.⁷² No sistema adversarial, a testemunha é da parte (proprietary concept of evidence),⁷³ que inclusive irá treiná-la, mediante entrevistas particulares prévias, para depor em juízo (coaching).⁷⁴ Evidente que, neste contexto, a possibilidade de verificar a credibilidade da testemunha, muitas vezes em maior intensidade que a análise do próprio conteúdo do depoimento, é relevantíssima.⁷⁵ Há, pois, uma relação direta entre a existên-

⁷⁰ *Damaška* (n. 5), p. 93.

⁷¹ *Damaška* (n. 5), p. 96-97.

⁷² *Damaška* (n. 5), p. 115-119.

⁷³ *Damaška*, The American Journal of Comparative Law 45 (1997), 839 (845).

⁷⁴ *Damaška*, University of Pennsylvania Law Review 123 (1974-1975), 1083 (1091).

⁷⁵ *Pizzi* (Trials without truth, Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it, 1999, p. 192) explica que “our adversary system turns witness into weapons to be used against the other side. They need to have their testimony shaped to bring

cia da hearsay rule e a proximidade que as testemunhas têm com a parte que a arrola no sistema de common law.

Pelas razões já expostas, tendo a CPI adotado um modelo misto ou híbrido, que não adota integralmente a estrutura adversarial norte-americana, e no qual os juízes togados têm assumido uma postura mais ativa na atividade probatória, a preocupação com a correção da testemunha – mais do que do testemunho – não se mostra um fator forte o suficiente para afastar a hearsay witness ante a impossibilidade de confrontar a fonte originária da informação.

De fato, o right of confrontation e, conseqüentemente, do cross-examination no sistema de common law, ou melhor, num modelo adversarial, é fundamental na estrutura probatória de tal sistema.

Porém, num sistema misto como o da CPI, em que as testemunhas não são, propriamente “testemunhas da parte”, mas “testemunhas da verdade”, não tem sido admitido nem mesmo parece ser necessária, o coaching como forma de treinar a testemunha para depor. Logo, inexistente tal risco, enfraquecida se mostra, também por esse aspecto, a vedação da hearsay witness.

Aliás, a CPI fez uma distinção entre familiarity, que se considera ao menos implicitamente prevista no ER e o proofing, que não tem previsão legal, não decorre dos princípios gerais do direito nem foi aceito nos julgados da CPI.⁷⁶

Todavia, não é possível concordar com a premissa de que tal sistema seja destinado à descoberta da verdade. O processo no adversary system é muito mais uma competição (contest), uma disputa entre partes que querem vencê-lo, do que um mecanismo para a busca da verdade. Sempre lembrada fala de Roscoe Pound que define o adversarial system como sporting theory of justice.

out its maximum adversarial potential and they need to be coached about what they should or should not say in court”. A conclusão semelhante chegam *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 97: “alguns lawyers americanos admitem que as testemunhas são armas nas mãos das partes. A virtuosidade de um advogado também pode ser medida pela maneira como ele consegue extrair o melhor de uma testemunha”.

⁷⁶ *Ambos*, in: Stahn/Sluiter (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 599-614; consultado na versão em português (n. 48), p. 179-204, destacando que “o proofing de testemunhas colide com vários princípios do fair trial (p. 203) e que “a familiarização é suficiente para garantir que as testemunhas cumpram com seu papel no julgamento, ou seja, que prestem declarações da forma mais imparcial e abrangente possível, com lembrança da verdade e nada mais do que a verdade”. (p. 204). Em sentido contrário, posicionaram-se *Karemaker/Taylor/Pittman*, *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), 917. Também contrariamente, *Pasculli*, in: *Garofoli/ Incampo (Org.)*, *Verità e processo penale*, 2012, p. 105 (p. 116) embora reconhecendo que o witness proofing apresenta inconvenientes e vantagem, entende que tal técnica “se apresenta como a melhor modalidade de acerto probatório, em termos de eficiência, integridade e legitimação”.

Nesse sentido, afirma-se que no modelo adversarial a verdade⁷⁷ não é um dos objetivos do processo.⁷⁸ Basta consi-

⁷⁷ O tema da verdade e a própria possibilidade epistêmica de atingi-la é, por certo, demasiado amplo. Sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. Mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Mas, ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é preferível ao outro (*Garofoli*, in: *Garofoli/Incampo* [n. 76], p. 43 [p. 50]). E, assim sendo, não se concebe um modelo justo de processo punitivo ou sancionatório, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – com o fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder (*Gössel*, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Obras completas, 2007, p. 23). Se assim não fosse, a atividade probatória seria uma grande inutilidade (*Damaška* [n. 5], p. 138), e seria melhor decidir o processo lançando os dados, com fazia o juiz Bridoye, protagonista de um dos episódios de *Pantagruel (Rabelais*, *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel*, 2006, p. 231-234) em que o velho magistrado confessa, perante a Corte Suprema, que sempre decidia as sentenças pela sorte nos dados e, por mais de quarenta anos, assim agiu sem jamais ter qualquer sentença considerada equivocada, a não ser na última, que por isso mesmo foi objeto de apelação. E, mesmo assim, o juiz Bidoyer, que já estava velho, atribui o erro não aos dados ou à sorte, mas o fato de que já não enxergava bem e podia ter errado ao tentar distinguir os números dos dados, tendo tomado um quatro por um cinco e, por isso, ter sentenciado errado.

⁷⁸ *Taruffo* (n. 7), p. 111, vai além e afirma que “o processo adversary é estruturalmente inidôneo, e antes disso, fortemente contraindicado, para a descoberta da verdade, e se funda em uma ideologia da justiça na qual à verdade não se atribui qualquer valor positivo”. O tema, porém, é controvertido, havendo muito autores que defendam que o modelo adversarial, ao reproduzir uma estrutura dialética, em que cada parte procura produzir todas as provas a favor da sua versão dos fatos, acaba favorecendo a descoberta da verdade. Segundo *Ambos* (n. 48) “existe um conceito errôneo entre os advogados formados neste ramo do Direito [de tradição Civil] ao considerar que o procedimento adversarial não persegue a verdade. Na realidade, a busca da verdade é uma característica que existe em ambos os sistemas, tanto na Common Law, tanto como da Civil Law, pois ambos compartilham características dos sistemas, sendo que o que difere é o método para se chegar a verdade”. Todavia, adota-se a posição segundo a qual, no modelo adversarial, com o poder da prova nas mãos das partes, a preocupação principal não é a descoberta da verdade, mas sim estabelecer um adequado mecanismo de resolução de conflitos, cf. *Damaška* (n. 5),

derar que nada autoriza a pensar que a verdade estará sempre numa das duas versões dos fatos postas pelas partes.⁷⁹ Procurando persuadir o julgador, é possível que cada uma das partes escolha uma versão verossímil, que terá bom potencial persuasivo, ainda que não corresponda exatamente à realidade dos fatos subjacentes ao julgamento. E, neste caso, a prova testemunhal e, mais especificamente, o exame cruzado, não será um instrumento utilizado por uma parte, para mostrar que a versão por ela apresentada corresponde aos fatos, mas sim para testar a credibilidade da fonte de prova com base na qual a parte contrária buscará dar suporte a sua versão diversa.⁸⁰ Assim, divergindo de *Wigmore*, o *cross-examination* é “the greatest legal engine ever invented for the discovery of lie, in a trial such as contest between lawyers”.⁸¹

Por outro lado, definitivamente, o modelo competitivo de processo não foi adotado pelos tribunais penais interna-

cionais, em que, até mesmo para a legitimidade de seus julgamentos, e para que suas sentenças tenham efetiva finalidade de punir as graves violações aos direitos humanos, bem como prevenir novas ocorrências, a “descoberta da verdade” é fundamental.⁸²

Não sendo encontradas tais situações expostas no presente item, não há motivo para que a regra de exclusão da hearsay witness, já tão enfraquecida e mitigada no seu sistema de origem, fosse ou venha a ser adotada com veemência e inflexibilidade nas cortes criminais internacionais.⁸³

Isso não significa, contudo, que se deve aceitar pura e simplesmente a hearsay witness, sem qualquer contrapartida ao acusado que, inegavelmente, terá menores possibilidades defensivas diante de uma fonte indireta. Correta, portanto, a posição adotada pela CPI que, na linha do que já vem decidindo a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao analisar o respeito ao art. 6 (3) (d) da CEDH, considera que, não havendo a possibilidade de o acusado examinar diretamente a testemunha, não se deve aceitar que o depoimento de auditu seja aceito como a única prova ou a prova preponderante para a condenação penal.

Assim, a solução não deve ser buscada no campo da admissibilidade, mas da valoração do hearsay witness.⁸⁴ Assim como no caso do testemunho anônimo,⁸⁵ as restrições ao contraditório e, principalmente, a sua função heurística,

p. 179. Para *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 86 “o juiz nem mesmo tem certeza de que essa descoberta da verdade seja o fim último do processo [...] A questão de um processo penal não é, fundamentalmente, ‘culpado ou não culpado?’, e sim ‘a acusação pode fornecer a prova na forma devida?’ As regras do processo devem assegurar o ‘fair play’, ‘inclusive em detrimento da verdade’. Isso pode ser constatado não só no trial by jury, com seu máximo potencial adversarial, quanto nos processos em que o modelo adversarial não funciona – e que são cerca de 90% dos casos, segundo estatística que não costumam apresentar grande variação –, porque há prévio acordo entre Ministério Público e autor do fato. No plea bargaining, ainda que a verdade não seja indiferente, na medida em que as provas em maior ou menor intensidade podem estimular um acordo ou encorajar o acusado a ir ao jury, não há como negar que a verdade não é um finalidade do sistema. *Pizzi* (n. 75), p. 72, refere-se a “low priority our system places on truth”. Muito mais enfático, *Ferrajoli* (*Questione Giustizia*, 1989, p. 382) afirma que o processo penal consensual tem como resultado “*a incertezza e a substancial extra-legalidade do direito penal*” (*destaque do autor*). Também para *Pisani* (“Italian style”, figure e forme del nuovo processo penale, 1998, p. 91-92) a justiça negociada rompe de modo traumático o esquema tradicional do passado no qual justiça e verdade são binadas em uma espécie de hendíadis.

⁷⁹ Cf. *Damaška* (n. 5), p. 147; *Taruffo* (n. 7), p. 110.

⁸⁰ Em profundo estudo comparado, *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 75 observam: “Diz-se que na common law o acusado é testemunha em seu próprio processo, mas deve-se acrescentar que as testemunhas são frequentemente tratadas como se estivessem sendo acusadas”.

⁸¹ No sentido de que o *cross-examination* é destinado não à descoberta da verdade, mas à descoberta da mentira, cf: *Jolowicz*, *International & Comparative Law Quarterly* 52, (2003), 1 (2); *Taruffo* (n. 7), p. 110; *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 87. Embora não se possa negar que, demonstrando uma mentira, ao menos indiretamente, se colabora com a descoberta da verdade, por afastar a possibilidade de prevalecer uma versão dos fatos que não corresponda a uma correta reconstrução histórica dos mesmos.

⁸² Além disso, como observa *Damaška* (n. 5), p. 148, uma atividade de acerto do fato organizada em um modo competitivo requer, para ser correta, que as duas partes em conflito sejam grosso modo, iguais. E essa igualdade substancial dificilmente se reproduz na estrutura e funcionamento dos Tribunais Internacionais, em que a posição do acusado costumam ser, do ponto de vista de recursos e meios para atuar, significativamente inferior à do Ministério Público.

⁸³ Com ampla citação doutrinária, *Ambos* (nota 48), p. 37 explica que “uma consequência do ‘princípio da flexibilidade’ é que a hearsay witness, ou seja, ‘as provas trazidas por qualquer testemunha acerca do que foi dito por outra pessoa (seja verbalmente, por escrito ou de outra maneira), em geral, são admitidas”.

⁸⁴ Nesse sentido *Zimmermann/Oellers-Frahm/Tomuschat/Tams*, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2012, p. 791.

⁸⁵ Mesmo em relação ao testemunho anônimo, em que o grau de restrição seja ao direito ao confronto, numa leitura típica de common law, seja do exercício do contraditório, mais afeito aos países de tradição romano-germânica, é muito mais intenso afirma-se que no sistema da CPI, ele não é objeto de uma exclusionary rule: *Knoops*, *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals*, 2003, p. 145. Como explica *Donat-Cattin* (n. 50), p. 1284, se o anonimato é avaliado como a medida de proteção disponível para cumprir a obrigação prevista no art. 68 (1), a Câmara deve mantê-lo e, ao mesmo tempo, garantir que o depoimento prestado pela vítima ou testemunha anônima será ponderado levando em conta tal fator e nunca poderá ser suficiente para a condenação.

justificam que seja admissível o testemunho de “ouvir dizer”, mas que ele não possa ser valorado como a única prova a justificar a condenação ou mesmo como prova preponderante para tanto.⁸⁶ Trata-se, pois, de aplicar o que no sistema de common law é conhecido como corroboration rule.⁸⁷

Importante atentar, ainda, para a advertência feita por Julian Nicholls, quando afirma que, nos casos julgados por tribunais internacionais, por envolver normalmente conflitos entre grupos étnicos rivais, deve-se ter maior preocupação com a sinceridade e a honestidade da testemunha pertencente a uma etnia, quando depuser contra um acusado do grupo rival. Consequentemente, o testemunho direto e submetido a cross-examination, melhor do que declarações de ouvir dizer, provavelmente diminuem os problemas de percepção, memória e sinceridade e contribui para uma melhor valoração da prova.⁸⁸

Também aqui, é de se destacar que isso pode ser controlado nos julgamentos da CPI, cujas decisões são motivadas, diferentemente do que ocorre no júri, baseado na livre valoração da prova sem qualquer necessidade de fundamentação.

Um primeiro aspecto que não pode ser ignorado é que muitos dos crimes sujeitos à CPI são cometidos em circunstâncias muito complexas, sendo necessário que, antes de se investigar os fatos individualmente considerados, seja preciso clarificar o contexto político e o seu desenvolvimento histórico em um determinado Estado Parte. Em muitos casos é necessário provar o caráter internacional de um conflito armado, em outros se faz mister demonstrar a característica sistemática e generalizada do ataque, segundo as características dos crimes internacionais.⁸⁹ Outra dificuldade adicional decorre do fato de que a investigação e o processo ocorrem, geralmente, muito tempo depois do cometimento dos crimes, o que torna bem mais problemática a atividade probatória. Dificuldades adicionais decorrem do fato de que tais delitos são cometidos em contexto sócio-cultural complexo, em territórios cujo acesso nem sempre é fácil para a obtenção de provas.⁹⁰ Também por esse motivo, a exclusão de uma prova relevante somente deve ser diante de fortíssimas razões,

epistêmicas ou políticas, que mereçam prevalecer no caso concreto, o que não parece ser o caso da hearsay rule.

VIII. Conclusão

Sob diversas roupagens, é reconhecido ao acusado o direito de confrontar a testemunha de acusação, ou de ter a prova testemunhal produzida em contraditório judicial, ou ainda, de examinar as testemunhas de acusação que depuseram contra ela.

Tais aspectos, que integram o fair trail, não têm uma dimensão absoluta. Ao contrário, admitem restrições legítimas, principalmente em se considerando os direitos de proteção das vítimas e testemunhas, no processo penal internacional.

A conclusão geral que pode ser sumariada é no sentido da admissibilidade a hearsay witness como fonte de prova na Corte Penal Internacional, mas controlando seu menor potencial epistêmico em relação ao testemunho direto, mediante cuidadosa fundamentação, inclusive não admitindo que possa ser a única prova ou a prova preponderante para a condenação.

Essa parecer ser a melhor maneira de atingir um ponto de equilíbrio entre as regras que de alguma forma dificultam a atividade probatória defensiva e o respeito ao right to a fair trail, sem com isso impedir que o processo penal internacional seja um meio efetivo para uma correta reconstrução histórica dos fatos, tendo a verdade com um fator de justiça e legitimidade de seus julgados.

⁸⁶ O ICTY (Appeals Chamber), decisão de 16.2.1999 – IT 95-14-I-AR73 (Decision on the Prosecutor’s Appel on the Admissibility of Evidence, Prosecutor v. Aleksovski.), § 15, considerou que “o peso ou valor probatório que se dá a esta prova [...] será em geral menor que aquele dado ao testemunho direto de uma testemunha”. No mesmo sentido, *Ambos* (n. 48), p. 38.

⁸⁷ *Gilbert* (n. 8), p. 890, já destacava que, embora a hearsay witness não pudesse ser admitida como uma prova direta, no entanto, poderia ser aceita em corroboração com o depoimento de uma testemunha.

⁸⁸ Haveman/Kavran/Nichols (eds.), *Supranational Criminal Law, A System Sui Generis*, 2003, p. 244.

⁸⁹ *Zappalà* (n. 2), p. 1181.

⁹⁰ *Miraglia*, in: Ferrajolo (Org.), *Corte Penale Internazionale, Aspetti di giurisdizione e funzionamento nella prassi iniziale*, 2007, p. 122 s.