



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Hugo Siqueira de Souza

**O RISCO DE DENEGAÇÃO DO DIREITO A UM PROCESSO JUSTO E
EQUITATIVO NO ESTADO REQUISITANTE COMO BARREIRA À
EXTRADIÇÃO**

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS
SOBRE O ARTIGO 6.º DA CEDH SEUS REFLEXOS NA UE E NA COOPERAÇÃO
JUDICIÁRIA BRASIL-PORTUGAL

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo
Prof. Doutor ANTÓNIO PEDRO NUNES CAEIRO, e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Maio de 2019



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

HUGO SIQUEIRA DE SOUZA

O RISCO DE DENEGAÇÃO DO DIREITO A UM PROCESSO JUSTO E
EQUITATIVO NO ESTADO REQUISITANTE COMO BARREIRA À EXTRADIÇÃO
A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o Artigo 6.º da
CEDH e seus reflexos na UE e na cooperação judiciária Brasil-Portugal

The potential breach of fair trial rights in the requesting State as a bar to extradition: the European Court's case-law on Article 6 ECHR and its consequences to the EU and Brazil-Portugal judicial cooperation

Dissertação apresentada à FDUC, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao Grau de Mestre), com menção em Ciências Jurídico-Criminais.

ORIENTADOR: Prof. Dr. PEDRO CAEIRO

COIMBRA, 2019

*Si autem tu adnuntiaveris justo, ut non peccet justus,
et ille non peccaverit, vivens vivet, quia adnuntiasti
ei, et tu animam tuam liberasti"*

(Prophetia Ezechielis 3, 20-21).

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai.

Ao Prof. Dr. Pedro Caeiro, pela valiosa orientação.

Ao Prof. Dr. Francisco Queiroz, pelo estímulo constante.

Ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Brasil).

RESUMO

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Soering c. Reino Unido* (1989, § 113), afirmou não excluir que uma decisão de extraditar, “nas circunstâncias em que o fugitivo tenha sofrido ou tenha o risco de sofrer uma flagrante denegação de justiça no país requerente”, possa implicar numa violação ao Artigo 6.º da CEDH. Apesar de *obiter dicta*, tais afirmações tiveram efeitos práticos relevantes na jurisprudência posterior do Tribunal. Na primeira parte, a presente dissertação descreve como o risco de denegação do processo equitativo pelo Estado requisitante, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu, pode levar ao dever de *não* extraditar, nos termos do Artigo 6.º, e analisa o método atualmente utilizado pela Corte para aferir tais violações em geral e nos pedidos de extradição. A dissertação defende que tais métodos carecem de clareza, em parte, devido às inconsistências e incoerências da jurisprudência do TEDH na análise das infringências do Artigo 6.º pelos próprios Estados signatários, com prejuízo para a segurança jurídica no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria criminal na Europa. Na segunda parte, aplicam-se algumas das conclusões da primeira parte aos mecanismos de cooperação judiciária da União Europeia (em especial ao MDE) e à cooperação judiciária Brasil-Portugal, na perspectiva do Brasil enquanto Estado requisitante, a fim de ilustrar, por meio de dois institutos e práticas processuais brasileiros utilizados na Operação Lava-Jato (a atração da competência pela “prevenção” e a colaboração premiada dos arguidos presos), a insegurança jurídica decorrente da jurisprudência do TEDH para essas relações.

PALAVRAS-CHAVE

Cooperação Judiciária Internacional; Extradição; Processo Equitativo; CEDH; Artigo 6.º.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights, in *Soering v United Kingdom* (1989, § 113), did not exclude that a decision to extradite, "in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country", might amount to a breach of Article 6 ECHR. These statements have, despite *obiter dicta*, had relevant practical effects in the Court's subsequent case-law. In the first part, this paper describes how the risk of a fair trial denial in the requesting State, according to the European Court, imply in the duty *not* to extradite under Article 6, and analyzes the tools currently used by the Court to assess such violations in general and in extradition requests. This paper argues that such methods lack clarity, in part due to the inconsistencies and incoherence of ECtHR case-law in assessing infringements of Article 6 by the contracting States themselves, in prejudice to legal certainty in the context of international judicial cooperation in criminal matters in Europe. In the second part, this dissertation applies some of the of the first part's conclusions to EU's mechanisms of judicial cooperation (especially the EAW) and to Brazil-Portugal judicial cooperation, from the perspective of Brazil as the requesting State, in order to illustrate, through two Brazilian procedural institutes and practices from the "Operation Car Wash" (the "prevent-competent" judge and plea bargaining with arrested defendants), the legal uncertainty deriving from ECtHR's case-law for these relations.

KEY WORDS

International judicial cooperation; Extradition; Fair trial; ECHR; Article 6.

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AG – Advogado(a) Geral

art. – artigo

c. - contra

CDH-ONU – Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CPLP - Comunidade dos Países de Língua Portuguesa

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EM – Estado Membro

G. S. - Grande Secção

i.e. - *id est*

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Brasil)

LCJ – Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal

MDE - Mandado de Detenção Europeu

MOU - *Memorandum of Understanding*

ONU - Organização das Nações Unidas

p. ex. - por exemplo

PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

Proc. - Processo

q. - queixa

S. - Secção

STF - Supremo Tribunal Federal (Brasil).

STJ - Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

STJ/Br - Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

TC - Tribunal Constitucional (Portugal)

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE - Tribunal de Justiça de União Europeia

TPIR - Tribunal Penal Internacional para o Ruanda.

TRL - Tribunal de Relação de Lisboa

UE - União Europeia

v.g. - *verbi gratia*

SUMÁRIO

1) Introdução.....	8
2) Os Direitos Humanos, o Artigo 6.º e a extradição.....	15
5.1) Entre o <i>non-inquiry</i> e o <i>non-refoulement</i>	17
2.2) O caso <i>Soering</i> (referências anteriores).....	20
2.3) O conflito entre o dever de extraditar e não extraditar.....	27
3) A violação do Artigo 6º pelos Estados signatários: inconsistências e incoerências.....	29
3.1) O Artigo 6.º é “diferente”.....	29
3.2) A inconsistência da interpretação teleológica.....	33
3.3) As incertezas quanto à visão do TEDH sobre a sua própria competência.....	35
3.4) As incoerências quanto à estrutura interna do Artigo 6º.....	37
3.4.1) O rol do Artigo 6.º como garantias mínimas e independentes.....	38
3.4.2) Um direito único e geral ao processo equitativo.....	40
3.5) Métodos de aferição: inconsistências e incoerências.....	41
3.5.1) A avaliação holística do processo.....	42
3.5.2) A “compensação” e a “remediação”.....	44
3.5.3) As circunstâncias do processo “nunca equitativo”.....	48
3.5.4) A prova “ <i>exclusiva ou decisiva</i> ” para a condenação.....	48
3.5.5) Entre o “interesse público” e a “essência mesma” do Artigo 6º.....	50
4) O Artigo 6.º nos processos de extradição: o teste empírico-prospectivo.....	55
4.1) A consolidação do teste do “risco real”.....	56
4.2) Entre o “risco geral” e o “risco específico” (ou individual).....	57
4.3) O ónus da prova.....	61
4.4) O tempo da análise do risco real.....	63
4.5) O risco real como juízo de ponderação.....	65
5) O teste normativo da “flagrante denegação de justiça”.....	67
5.1) O impreciso conteúdo normativo da “flagrante denegação da justiça”.....	67

5.2) A "relatividade" do direito ao processo equitativo e o uso da ponderação.....	72
5.4) Tentativa de solução no caso <i>Othman (Abu Qatada)</i>	76
5.5) A desarmonia da “flagrante denegação” com os testes do Artigo 6.º	82
6) A insegurança jurídica para a UE e para a cooperação judiciária Brasil-Portugal	87
6.1) A incerteza no espaço de Liberdade, Segurança e Justiça	87
6.2) A jurisprudência do TEDH e as cortes portuguesas: estudo de casos	100
6.3) A questão brasileira: ilustrações do caso Lava-Jato	108
6.3.1) A “competência pela prevenção” e a imparcialidade do Tribunal	108
6.3.2) A colaboração premiada do arguido preso	119
7) Conclusões.....	129
8) Bibliografia.....	132
9) Lista de Casos.....	141

1) INTRODUÇÃO

Atribui-se (apocrifamente) a Miguel Ângelo a frase: “a escultura é a arte de tirar”¹. Se bem ou mal atribuída, não vem ao caso; o que interessa, para o escopo dessa apresentação, é a perfeita alegoria que se apresenta: a obra, que está no bloco de pedra, deve ser dela “retirada” pelo artista, com o martelo e com o cinzel, à custa de exaustivo trabalho; assim também os trabalhos científicos, pois, como a pedra precisa de ser limada, para que ganhe a sua forma tridimensional, um objeto de estudo deve ser delimitado, retirando-se dele questões desnecessárias (por vezes atraentes) à forma final desejada, a fim de que as conclusões possam ser validamente extraídas do material bruto de pesquisa.

Nessa dissertação de mestrado não foi diferente. Para os fins do presente estudo, foram necessários cortes epistemológicos em três dimensões, a saber: 1) o primeiro, que se poderia comparar à *largura*, tratou de delimitá-lo ao âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal, nomeadamente à extradição, sob a perspectiva de um Estado terceiro à CEDH como requisitante; 2) o segundo, o qual se poderia chamar *altura*, delimitou o interesse à jurisprudência do TEDH quanto às exigências da CEDH (em sua interpretação pretoriana) para extraditar, na perspectiva de um Estado signatário como requisitado; e 3) o último, que se poderia denominar *profundidade*, refere-se ao conceito e alcance do direito ao processo justo e equitativo, como previsto no Artigo 6.º da CEDH, numa análise prospectiva, própria aos processos de extradição (violação potencial).

Outra forma, provavelmente mais clara, de apresentar o objeto de estudo, está na classificação de PLACHTA quanto ao problema da aplicação do Artigo 6.º à extradição². Para ele, a questão deve ser analisada por dois aspectos diferentes, visto que cada um leva a diferentes consequências: 1) a conformidade com o processo justo e equitativo no âmbito do Estado requisitado; e 2) a conformidade com o processo justo e equitativo no âmbito do Estado requisitante. Quanto a este último, defende o autor que se devem distinguir dois cenários: a) o primeiro, de já ter havido um processo penal que levou à sentença e à

¹ Consoante certo A. Hernandez (?), Miguel Ângelo afirmava que “*la tarea del escultor consistía en el arte de sacar y no de añadir; es decir, de extraer una figura que ya existía dentro de la piedra*” - La escultura de Miguel Ángel, disponível em: <http://antoniohernandez.info/Arte/Temas/CORTOS/tema%2011.pdf>.

² PLACHTA, Michael. *Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare*. Resource Material Series no. 57, pp. 64/86. Disponível em: www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf. Acesso: abril de 2019, p. 66.

condenação da pessoa cuja entrega se requer, falando-se em análise de uma infringência consumada ao Artigo 6.º; e b) o segundo, de o processo penal ainda vir a se desenvolver, falando-se em violação potencial ao Artigo 6.º³. A presente dissertação trata, precisamente, desta última hipótese.

Portanto, como o título do trabalho já indica, interroga-se a questão de saber se, e em que medida, nos termos da jurisprudência do TEDH, o risco de violação do direito a um processo justo e equitativo, previsto no Artigo 6.º da CEDH, tem por efeito a limitação do poder-dever de extraditar de um Estado signatário requisitado.

Definido, como está, o objeto de estudo, convém indicar alguns pontos que foram “tirados”, i.e., que *não* serão objeto de estudo, sem prejuízo de referências, *em passant*, a tais assuntos, naquilo que puderem prestar auxílio na melhor elucidação do tema central. Desde logo, não será estudada a aplicação do Artigo 6.º ao procedimento mesmo de extradição nos Estados signatários, regrado, no âmbito do direito do Conselho da Europa, pelo Protocolo n.º 7 à CEDH, de 22/11/1984 (emendado pelo Protocolo n.º 11)⁴. Como afirma ARNELL, “a jurisprudência de Convenção é clara no sentido de que o procedimento de extradição não implica a determinação de uma acusação criminal, para os fins do Artigo 6º, § 1”⁵. Isso porque, nas palavras GROTRIAN, a ideia de procedimento criminal, para fins de aplicação do Artigo 6.º, nunca incluiu “os vários procedimentos preliminares ou incidentais aos processos criminais”, dentre eles, os “procedimentos de extradição diante dos Tribunais do estado requisitado”⁶. Esse também é o entendimento de SCHABAS⁷ e do próprio TEDH em *Maaouia c. França* e diversos outros precedentes⁸.

³ PLACHTA, op. cit., ibidem.

⁴ “Um estrangeiro, legalmente residente no território do Estado, não pode ser expulso dele, salvo em consequência de uma decisão tomada de acordo com o direito, em que lhe seja permitido apresentar as razões contra sua expulsão, ter o seu caso revisto, e ser representado para tais fins diante de uma autoridade competente (...)” (Artigo 1).

⁵ ARNELL, Paul. *The contrasting evolution of the right to a fair trial in UK extradition law*. The International Journal of Human Rights, v. 22, n. 7, 2018, p. 874.

⁶ GROTRIAN, Andrew. *Article 6 of the European Convention on Human Rights. The Right to a fair trial*. Human Right Files n.º 13. Council of Europe Publishing, 1994, p. 24.

⁷ “As matérias de deportação e expulsão não são geralmente contempladas pela parte criminal do Artigo 6.º, ainda que possam envolver matérias acessórias à persecução criminal” (SCHABAS, William A. *The European convention on human rights: a commentary*. Oxford University Press, 2015, p. 282).

⁸ “O Tribunal, portanto, considera que, ao adotar o Artigo 1º do Protocolo n.º 7, o qual contém garantias especificamente relacionadas com a expulsão de estrangeiros, os Estados manifestaram claramente sua intenção de não incluir tais procedimentos no âmbito do artigo 6º, § 1º, da Convenção” - *Maaouia c. França*

Além disso, está fora do escopo do trabalho a observância do Artigo 6.º nos processos de execução de pena realizados no território da Convenção, ainda que a sentença tenha sido lavrada por um Estado terceiro, nada obstante o Tribunal Europeu, em casos como *Stoichkov c. Bulgária*, já tenha reconhecido a possibilidade de infringência do artigo 5.º, § 1.º, a, no procedimento de execução, por ofensa indireta ou reflexa ao artigo 6.º da CEDH⁹. O estudo também se restringe à cooperação horizontal, não se aplicando à entrega, p. ex., ao Tribunal Penal Internacional¹⁰. Restringe-se, também, aos casos em que as supostas violações ao Artigo 6.º da CEDH tenham ocorrido nos processos judiciais, não nos procedimentos administrativos¹¹, ou nos casos em que o acesso ao Poder Judiciário é condicionado ao exaurimento das instâncias administrativas¹².

Todavia, algumas questões transversais serão tratadas de modo mais ou menos prioritário, na medida em que tais análises possam ser úteis à elucidação do problema central do estudo. A primeira e mais importante delas refere-se à jurisprudência do TEDH sobre a observância do Artigo 6.º pelos Estados signatários nos seus próprios processos penais, que é o tema do Capítulo 3.º desta dissertação. Naturalmente, só é possível compreender como o Tribunal Europeu aprecia as alegações de violação ao Artigo 6.º nos casos de extradição, se se compreender como o Tribunal analisa as alegações de violação ao Artigo 6.º em geral. Nesse ponto, o marco teórico utilizado é o livro de Ryan GOSS: “*Criminal Fair Trial Rights*”, do qual se extraem não apenas as conclusões e o método geral de análise, como também a perspectiva crítica quanto à capacidade do TEDH de

(q. n. 39.652), 05/10/2000, § 37. No mesmo sentido: *Mamatkulov e Askarov c. Turquia* (qs. n.º 46827/46951), 04/02/2005, §§ 81-83. Todavia, o TEDH já entendeu aplicável a garantia do recurso efectivo, prevista no Artigo 13 da CEDH, ao processo de extradição/expulsão de estrangeiros: cfr. *A. c. Países Baixos* (q. n.º 4.900), 3ª S., 20/07/2010 (final: 20/10/2010), §§ 155-158.

⁹ *Stoichkov c. Bulgária* (q. n.º 9.808), 1ª S., 24/06/2005. Nesse caso, a condenação do Estado contratante se deveu ao facto de que o julgamento originário do arguido ocorrera *in absentia*. Cumpre notar que, para os casos de violação indireta do Artigo 6.º nos procedimentos de execução, o TEDH também se utiliza da *topos* da “flagrante denegação de justiça” (§ 51). Decisão similar se observa em *Drozdz e Janousek c. França e Espanha* (q. n.º 12.747), 26/06/1992.

¹⁰ Artigo. 87, n.º 7, e art. 89 do Estatuto de Roma.

¹¹ HARRIS, David; O'BOYLE, Michal; WARBRICK, Colin (Orgs.). *Law of the European Convention on Human Rights*. 2ª Edição. New York: Oxford University Press, 2009, p. 232.

¹² Cfr. HARRIS, David; O'BOYLE, Michal; WARBRICK, Colin (Orgs.), op. cit., p. 233.

prover, através de sua jurisprudência, a segurança jurídica necessária, especialmente no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal¹³.

Ademais, no início do Capítulo 6.º, algumas considerações serão tecidas a respeito dos reflexos da jurisprudência do TEDH nos mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal da União Europeia, nomeadamente na implementação do MDE, em parte pela importância do tema, que não poderia ser ignorado, em parte com vista a preparar o leitor para a questão a ser tratada no restante do capítulo, a qual constitui a preocupação central dessa parte do estudo (as relações bilaterais Brasil-Portugal). Com efeito, se as ferramentas utilizadas pelo TEDH geram dificuldades interpretativas no próprio espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (que, a princípio, está no âmbito da jurisdição da CEDH), o que se dirá das relações bilaterais com países terceiros, como o Brasil? Não se deseja, contudo, exaurir a matéria da compatibilidade entre o MDE e a jurisprudência do Tribunal Europeu, suficientemente ampla para justificar, por si só, uma tese. Portanto, na última parte do trabalho, será feita uma análise, de natureza também não exauriente, mas exemplificativa ou ilustrativa, dos reflexos da questão para a cooperação judiciária entre o Brasil e Portugal, sob a perspectiva do Brasil enquanto Estado requisitante, a partir de duas controvérsias pertinentes, oriundas da denominada “Operação Lava-Jato”. Essa análise, associada ao problema do MDE, busca demonstrar a existência e os efeitos da insegurança jurídica apontada na primeira parte.

Mas por que a escolha das relações bilaterais Brasil-Portugal? A primeira razão é exigência interna do autor de aplicar o presente estudo ao contexto de realidade jurídico-social em que foi realizado. Além disso, é notório o interesse na extradição no âmbito das relações Portugal-Brasil, países que possuem, reconhecidamente, profundos “laços de união”, participantes que são de mesma “comunidade de interesses morais, políticos, culturais, sociais e económicos”, lastreada em seu passado histórico e sua língua comum, como consagra o preâmbulo do Tratado da Amizade. Tais laços demonstram-se não só por discursos ou protocolos de boas intenções, mas pela expressiva comunidade de cidadãos

¹³ GOSS, Ryan. *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Londres: Hart Publishing, 2016.

brasileiros ou luso-brasileiros em Portugal, e vice-versa¹⁴, bem como pelo alto índice de deslocamento de pessoas entre as duas nações¹⁵; dados que indicam a alta probabilidade de ocorrência de pedidos de extradição entre os Estados português e brasileiro. Tal realidade tornou-se ainda mais evidente com a Operação Lava Jato, de grande repercussão dentro e fora do Brasil¹⁶. Em Portugal, a Operação resultou no pedido de extradição do cidadão luso-brasileiro Raul Schimidt¹⁷, o qual foi analisado pelo STJ¹⁸. Como já dito, entretanto, essa parte final do trabalho não pretende esgotar as controvérsias, por si sós difíceis, relativas a essa Operação, tampouco todas as possíveis causas de “flagrante denegação de justiça” no Brasil, preocupações que seriam demasiado amplas para as dimensões de uma dissertação.

Uma advertência é especialmente importante: não integra o escopo desse trabalho proceder a um exame opinativo sobre o mérito dos acórdãos, pedidos de extradição ou operações investigativas. Antes, aderindo ao método de GOSS, restringem-se as objeções à densidade e coerência da fundamentação dos precedentes citados, enquanto capazes de prover suficiente previsibilidade, orientação (“*guidance*”) e segurança jurídica para a cooperação judiciária internacional em matéria penal¹⁹. Portanto, embora adote uma visão crítica, não se elaboram pareceres sobre as melhores decisões possíveis para dado caso particular.

¹⁴ Com efeito, segundo dados recentes do serviço diplomático brasileiro (Itamaraty), 116.271 cidadãos brasileiros residiam em Portugal em 2016 (Cfr. www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br. Último acesso: 21/05/2017), número que representa, aliás, um significativo aumento em relação do ano anterior (segundo o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 82.590 brasileiros habitavam em Portugal regularmente em 2015 – www.sefstat.sef.pt/Docs/Rifa_2015.pdf. Último acesso: 21/05/2017). Por outro lado, segundo dados da Embaixada de Portugal no Brasil, ali a comunidade portuguesa é hoje de 213.203 indivíduos (www.embaixadadeportugal.org.br/comunidade.php. Último acesso: 21/05/2017).

¹⁵ É mister ressaltar que, em razão do mencionado Tratado de Amizade, os cidadãos dos dois países que desejem ingressar nos territórios do outro por até 90 (noventa) dias estão isentos de visto (art. 7º, 1), o que é um fator de incentivo ao deslocamento entre os territórios. Conforme dados do Serviço Consular Português no Brasil, 529.700 brasileiros visitaram Portugal sob o gozo da referida isenção no ano de 2013 (Cfr.: <http://consuladportugal.sp.org.br/o-turista-brasileiro-em-portugal/>. Último acesso: 21/05/2017).

¹⁶ Consoante o *site* oficial do Ministério Público Federal brasileiro, “a operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais”. Para uma explicação resumida do caso, cfr.: www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso. Último acesso: maio/2019.

¹⁷ Caso bastante noticiado pela imprensa portuguesa (cfr.: www.dn.pt/mundo/interior/brasil-pede-a-portugal-extradicao-de-suspeito-no-processo-de-corrupcao-lava-jato-9333147.html. Último acesso: 17/05/2019).

¹⁸ Ac. STJ de 07/09/2017, Proc. n.º 483/16.7YRLSB.S1, 5ª S., Relator Francisco Caetano, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/13C2B3ACBA9A82A9802581BB004FAD6E>.

¹⁹ Cfr. GOSS, Ryan. *Cit.*, 2016, p. 3 *et seq.*

Um outro ponto também é digno de nota: o leitor pode vir a estranhar a referência indistinta à extradição e à expulsão, como se fossem institutos idênticos, ou mesmo sinónimos, utilizados nessa dissertação de tal modo que, p. ex., uma proposição em que se predica a *expulsão* pode ser utilizada como premissa de uma conclusão sobre a *extradição*. Isso ocorre porque, embora o presente estudo esteja delimitado a esta, a jurisprudência do TEDH, posterior a *Soering*²⁰, trata das matérias indistintamente. Em *Othman c. Reino Unido*, p. ex., vê-se o Tribunal Europeu discorrer, igualmente, sobre a extradição e a expulsão (destaques acrescentados)²¹:

Está estabelecido na jurisprudência do Tribunal que uma questão pode excepcionalmente ser suscitada ao abrigo do artigo 6.º por uma *decisão de expulsão ou extradição* em circunstâncias em que o fugitivo tenha sofrido ou corra o risco de sofrer uma *flagrante denegação de justiça* no país requerente.

Por sua vez, na tradução inglesa de *Saadi c. Itália*, vê-se o TEDH referir-se também à deportação - embora a mesma fungibilidade de conceitos não ocorra na tradução oficial francesa (destaques acrescentados)²²:

A *expulsão* por um Estado Contratante pode dar causa a uma controvérsia, nos termos do Artigo 3º (...), quando razões substanciais forem mostradas para acreditar que uma pessoa, *se deportada*, se defronta com o risco real de ser submetido a um tratamento contrário ao Artigo 3º

Pede-se desculpas por tais referências, pouco habituais à fase introdutória, posto que sejam desde logo necessárias para justificar o uso indiferenciado, nessa dissertação, dos referidos conceitos, o que não se dá em prejuízo do seu método e de suas conclusões.

Tais referências também são úteis para ressaltar, ademais, que todos os precedentes dos Tribunais Internacionais, bem como boa parte das fontes bibliográficas, foram consultados em línguas inglesa ou francesa. Todos trechos vertidos para o português são, portanto, de responsabilidade do autor, o que apenas se atreveu a fazer, regra geral, a

²⁰ Com efeito, em *Soering* fala-se exclusivamente em “extradição” – cfr. *Soering contra Reino Unido* (q. n.º 14.038/88), 07/07/1989, § 113.

²¹ *Othman c. Reino Unido* (q. n.º 8139), 4ª S., 17/02/2012, § 258.

²² *Saadi c. Itália* (q. n.º 37.201), G.S., 27/02/2008, § 125.

fim de integrá-los, com fluidez, ao corpo do texto. Serão mantidas no original, portanto, em sua maioria, os trechos citados em notas de rodapé, a fim de que o leitor possa ter contato a linguagem manejada pelo TEDH e pelos outros tribunais, sem os riscos inerentes à tradução não-oficial.

2) OS DIREITOS HUMANOS, O ARTIGO 6.º E A EXTRADIÇÃO

Às vezes, premissas simples parecem permitir chegar a conclusões simples, mas pouco condizentes com uma realidade complexa. Admita-se, de início, a primeira delas: os direitos relativos a um processo justo e equitativo certamente estão inseridos no contexto - e no conceito - geral dos direitos humanos. Com efeito, os princípios inerentes às garantias processuais do arguido estão previstos nos textos de boa parte da legislação internacional sobre a matéria, com algumas variações: além do Artigo 6.º da CEDH, pode-se falar dos artigos 10º e 11.º da DUDH²³, do Artigo 14.º do PIDCP²⁴, do Artigo 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁵, do Artigo 7.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos²⁶, dentre outros. Portanto, poucas dúvidas se poderiam levantar sobre a correção dessa assertiva.

Uma segunda premissa, que também parece razoavelmente simples, é a de que os Estados nacionais estão obrigados, nas suas relações de cooperação, a respeitar as garantias e liberdades fundamentais da pessoa humana, como prevê o Artigo 1º, 3.º, da Carta das Nações Unidas²⁷. Em razão disso, a concepção de não existir "uma obrigação geral imposta aos Estados, na disciplina internacional dos direitos humanos, de exercer uma jurisdição extraterritorial", como afirma SCHUTTER, já teria sido há muito tempo superada²⁸. Também HAMPSON apresenta inúmeras demonstrações, nos instrumentos de direito internacional, da aplicabilidade extraterritorial dos direitos humanos²⁹.

Entre os diversos modos de cooperação entre as Nações, nos quais pode ser atribuída aplicabilidade extraterritorial aos direitos humanos, pode-se destacar um instituto

²³ Disponível em: www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por

²⁴ Disponível em: www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx

²⁵ Disponível em: www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

²⁶ Disponível em: www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf

²⁷ Disponível em: www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/

²⁸ Cita, por exemplo, diversos comentários gerais do Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, segundo os quais os Estados partes do PIDESC deveriam respeitar o gozo dos direitos estipulados no Pacto em outros países, dentre outras formas, "prevenindo terceiros partes de violar o direito em outros países, se eles são aptos a influenciar essas terceiros partes por meios legais ou políticos" (Cfr. SHUTTER, Olivier de. *International Human Rights Law*. Cambridge University Press, 2010, p. 188).

²⁹ HAMPSON cita diversas resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral das Nações Unidas, pronunciamentos do Tribunal Internacional de Justiça e do Conselho de Direitos Humanos da ONU (Cfr. HAMPSON, Françoise. *The scope of the extra-territorial applicability of international human rights law*. GILBERT, Geoff; HAMPSON, Françoise; SANDOVAL, Clara (orgs.). *The delivery of human rights: essays in honour of Professor Sir Nigel Rodley*. Routledge, 2010, pp. 158/159).

da cooperação judiciária especialmente relevante: o da *extradição*, definido pelo STJ, em acórdão de 30/05/2012, sucinta e precisamente como³⁰:

Uma forma de cooperação judiciária internacional em matéria penal, através da qual um Estado (requerente) pede a outro (requerido) a entrega de uma pessoa que se encontre no território deste último, para efeitos de procedimento criminal, ou de cumprimento de pena ou de medida de segurança privativa da liberdade, por infracção cujo conhecimento seja da competência dos tribunais do Estado requerente

Todavia, a respeito de tal instituto, lembra COSTA que parece haver duas visões conceituais em tensão: a primeira, *tradicional*, “que encara a extradição como prerrogativa de soberania do Estado e, logo, como objecto de uma decisão a tomar pelo Executivo”; e uma segunda, *moderna*, “que veio instar a primeira a reconhecer e proteger a posição jurídica da pessoa visada (o extraditando)”³¹. Todavia, também nesse caso, a visão tradicional (segundo a qual o indivíduo seria, como afirma STESENS, “um mero objeto da cooperação internacional em matéria criminal”), já teria sido ultrapassada³², não havendo qualquer dificuldade, portanto, em aceitar a premissa de que os direitos humanos devem ser levados em conta, também, nas decisões de extradição.

Aceitas as premissas expostas, parece simples concluir que os direitos relativos ao processo justo e equitativo, consagrados pela legislação internacional de direitos humanos, devem ser observados nos atos de cooperação judiciária internacional e, nomeadamente, nas decisões de extradição pelos Estados.

Mas a realidade, já se disse, é mais complexa.

Nesse primeiro capítulo, serão assentados os fundamentos necessários à discussão do tema. Inicialmente, apresenta-se a doutrina tradicional do “*non-inquiry*”, utilizada para evitar a análise da garantia do processo justo e equitativo nos processos de extradição, em contraposição a outro princípio igualmente sólido, o do “*non-refoulement*”. Em seguida, será apresentado o já referido caso *Soering c. Reino Unido*, em que o TEDH promoveu uma verdadeira “revolução” na matéria da aplicação dos direitos humanos à extradição –

³⁰ Ac. STJ de 30/05/2012, Proc. n.º 290/11.3YRCBR1.S1, 3ª S., Relator Cons. Maia Costa.

³¹ COSTA, Miguel João. *Dedere aut judicare? A decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014, pp. 21-22.

³² STESENS, Guy. *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 256.

inclusive quanto aos direitos processuais fundamentais. Por fim, será respondida a objeção da possível existência de conflitos de normas internacionais, ou seja, entre o dever de não-extraditar decorrente de uma norma de direitos humanos, e o de extraditar, decorrente de tratados bi- ou multilaterais.

5.1) Entre o *non-inquiry* e o *non-refoulement*

Tradicionalmente, na entrega de pessoas *lato sensu*, coexistem dois princípios que parecem partir de premissas opostas entre si: o *non-inquiry* e o *non-refoulement*. O direito tradicional de extradição, afirma SAHINKAYA, “exige o *non-inquiry*”³³. Decorre de tal princípio, como ensina BASSIOUNI, que o Estado requisitado não avalie “os meios pelos quais a condenação criminal foi obtida no estado estrangeiro”, nem “o tratamento ao qual o arguido será submetido em razão da extradição”³⁴, tratando-se, portanto, de uma forma de autocontenção do Estado requisitado. Essa limitação auto imposta se dá, alegadamente, em respeito à soberania do Estado requisitante, porquanto “nenhum Estado pode ser submetido a julgamento pelo sistema legal ou processual de um outro Estado”³⁵. De acordo com tal princípio, esse género de análise seria, como declarou certa vez a Suprema Corte do Canadá, “ainda mais ofensiva do que a hipótese de controlo sobre as ações de sua delegação diplomática [do Estado requisitante]”³⁶.

Portanto, o *non-inquiry* parte da premissa de que, em respeito à soberania do Estado requisitante, não cabe ao Estado requisitado fazer qualquer juízo de valor sobre o sistema jurídico daquele, ou sobre os efeitos práticos da extradição para a pessoa a ser entregue. Porém, deve-se lembrar que há no próprio direito tradicional de extradição relativizações a

³³ SAHINKAYA, Yalçın, *Extraterritorial effect of right to a fair trial: how to test the flagrant denial of a fair trial in extradition cases under international human rights law?* In *Human Rights Review*, Volume III, n. 2, Dez/2013, p 3.

³⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. *International extradition: United States law and practice*. Oxford University Press, 2014, p. 632.

³⁵BASSIOUNI, op cit., p. 633.

³⁶ A expressão é da Suprema Corte do Canadá, no caso *Argentina c. Mellino* (1987). Na mesma decisão, entendeu a corte que “o pressuposto de que o Estado requerente garantirá ao fugitivo o devido processo legal é subjacente à toda teoria e prática da extradição, e esta Corte, durante muitos anos, deixou perfeitamente claro que o julgamento da extradição não deveria permitir nenhuma alegação de que os procedimentos são opressivos ou que o fugitivo não terá um julgamento de acordo com a lei” (WYNGAERT, Christine von den; DUGARD, John. *Reconciling Extradition with human rights*. In *American Journal of International Law*, Vol. 92, nº 2, abr/1998, pp. 190)

essa doutrina, considerando duas regras clássicas da cooperação judiciária em matéria penal que já implicavam, nas palavras de SHEA, na proibição do “uso do sistema legal e processual do estado para impor um tratamento que não esteja de acordo com suas próprias regras legais e morais”, quais sejam: a necessidade de dupla incriminação e a proibição de aplicar a pena capital³⁷. Além dessas, como aponta CARDOSO, a exceção do crime político também podia ser vista como um reflexo da aplicação dos Direitos Humanos aos processos de extradição; sem contar que, “antes do julgamento revolucionário (...) no caso Soering, em 1989, tinham as Nações Unidas proibido a extradição para países onde a pessoa corria o risco de ser sujeita à tortura” (o que não implica, necessariamente, que já se tivesse adotado a ideia de que o “o ato de extradição em si deveria ser compatível com os direitos humanos”)³⁸.

Até recentemente, contudo, apesar de relativizada com o advento das legislações regionais e internacionais de defesa dos direitos humanos³⁹, a regra do *non-inquiry* possuía, nas palavras de BASSIOUNI, um “alto nível de aderência pelo judiciário” americano⁴⁰ - o que não significa que fosse um fenómeno local, visto que a doutrina também tinha forte tradição em alguns países europeus⁴¹. Isso se dá, provavelmente, porque, além do interesse manifesto de preservação da soberania do Estado requerente, o *non-inquiry* tem uma função relevante para os Estados requisitados, visto estarem vinculados, de modo geral, ao *aut dedere aut judicare*. Ora, como ressalva PLACHTA, tal princípio não pode ser entendido como “panaceia cuja aplicação universal pode remediar todas as fraquezas e males da extradição”, como se os problemas relacionados a trazer uma pessoa a justiça “irão desaparecer como que por mágica”⁴²: há, com efeito, inúmeros problemas práticos inerentes ao processamento e julgamento de crimes cometidos no estrangeiro, os quais não

³⁷ SHEA, op. cit., pp. 128/130.

³⁸ CARDOSO, Raquel Preciosa Tomás. *Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas*. UC/FDUC: Dissertação realizada no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, 2013, p. 17.

³⁹ Também, em parte, pelo próprio direito interno americano, nomeadamente a 5.^a e a 8.^a Emendas (que consagram, entre outros, o devido processo legal e a proibição de tratamentos cruéis e degradantes), consoante *dicta* em *Gallina c. Fraser* (D. Conn., 1959) (cfr. BASSIOUNI, op. cit., p. 643).

⁴⁰ BASSIOUNI, op. cit., p. 642.

⁴¹ As cortes inglesas, v. g., sempre foram especialmente restritivas na aplicação do Artigo 6º às extradições. Para melhor análise, cfr. ARNELL, *The contrasting evolution of the right to a fair trial in UK extradition law*, pp. 877/878.

⁴² PLACHTA, Michael. *Aut dedere aut judicare: an overview of modes of implementation and approaches*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, v. 6, n. 4, 1999, p. 364.

estão necessariamente relacionados à falta de “boa vontade” dos estados requisitados⁴³; problema esse evitado, evidentemente, pelo viés funcionalista da doutrina do *non-inquiry*.

O facto, como realça PLACHTA, é que as relações entre direitos humanos e extradição são caracterizadas, habitualmente, “como uma ‘tensão’ entre as funções protetivas e cooperativas dessa forma de assistência legal”⁴⁴. Outro princípio que, apesar de não ser, por sua própria natureza, contraditório ao *non-inquiry*, parte de uma premissa oposta, é o do *non-refoulement* (aqui também entendido metonimicamente, com a devida licença, para indicar o conjunto de regras internacionais de não expulsão por razões humanitárias). Com efeito, o Artigo 14.º, § 1.º da DUDH já previa o direito de asilo político e, em carácter ainda mais amplo, o asilo direito ao asilo foi garantido pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados da ONU⁴⁵. Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra o *non-refoulement*, ao proibir as expulsões coletivas e dispor que “ninguém pode ser afastado expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes” (artigo 19.º, § 1.º)⁴⁶.

É verdade que, após os atentados de 11/09, houve um considerável aumento do número de casos de expulsão nos países desenvolvidos, por razões de segurança nacional, muitas vezes, conforme MICHAELSEN, sob o fundamento de que o referido princípio não seria absoluto⁴⁷. O seu alcance ainda é considerado ligeiramente incerto por alguns autores⁴⁸. Todavia, para FOSTER e COSTELLO, não apenas em razão da solidez da legislação internacional, mas também da prática comum dos Estados, o princípio do *non-refoulement* pode ser considerado um princípio do direito costumeiro internacional

⁴³ Cfr. PLACHTA, op. cit., p. 340.

⁴⁴ PLACHTA, Michael. *Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare*. 114th International Training Course Visiting Experts' papers, Resource Material Series no. 57, pp. 64/86. Disponível em: www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf. Acesso: abril de 2019, p. 64.

⁴⁵ Disponível em: www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-relativa-ao-estatuto-dos-refugiados-0

⁴⁶ Disponível em: [/www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

⁴⁷ MICHAELSEN Christopher. *The renaissance of non-refoulement? The Othman (Abu Qatada) decision of the European Court of Human Rights*. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 61, n. 3, 2012, p. 754.

⁴⁸ Para BATTJES, o *non-refoulement* implica, apenas “possivelmente”, que não se deve expulsar uma pessoa ao seu país de origem “a não ser que haja certeza que ela será tratada ali de acordo com os direitos humanos fundamentais” (BATTJES, Hemme. *European asylum law and international law*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p 606).

“maduro para ser reconhecido como uma norma de *jus cogens*”⁴⁹. O princípio do *non-refoulement* ganhará *status* no contexto do Artigo 3.º da CEDH em de *Soering*⁵⁰, a partir do qual o TEDH lançou os fundamentos definitivos de uma doutrina de proteção de direitos humanos nos processos de extradição.

2.2) O caso *Soering* (referências anteriores)

Indiscutivelmente, foi o acórdão do TEDH no famoso caso *Soering c. Reino Unido* (1989)⁵¹ que promoveu uma verdadeira “revolução” no estudo da matéria da relação entre os direitos humanos e a extradição⁵². Nada obstante, é importante ressaltar que, como toda revolução, ela encontra suas raízes e causas mais profundas num lento processo de elaboração. Para GILBERT, *Soering* se baseara em “bem fundados, embora ainda não testados, princípios relativos à extradição e ao Artigo 6.º”⁵³. Por sua vez, recorda SHEA, que “a Comissão já havia reconhecido previamente a responsabilidade do estado requisitado, quando o estado requisitante não fosse parte da Convenção Europeia, mas a Comissão não havia encontrado violações efetivas ao Artigo 3.º nesses casos”⁵⁴.

Com efeito, em *Kirkwood c. Reino Unido* (1984), p. ex., a Comissão Europeia de Direitos Humanos já dava indícios do futuro entendimento do TEDH sobre a matéria⁵⁵. Nesse caso, em quase tudo semelhante à queixa de *Soering* (como se verá adiante), o requerente alegou que a sua extradição aos EUA implicaria na violação dos seus direitos do Artigo 3.º da Convenção, em razão da provável aplicação da pena de morte e da sua

⁴⁹A efetiva utilidade do reconhecimento desse *status*, entretanto, ainda é duvidosa para os autores (FOSTER, Michelle; COSTELLO, Cathryn. *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*. In HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (Ed.). *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?*. Springer, 2016, p. 325 e).

⁵⁰ HEIJER, Maarten den. *Whose rights and which rights? the continuing story of non-refoulement under the European convention on human rights*. *European journal of migration and law*, v. 10, n. 3, pp. 277-314, 2008, p. 208.

⁵¹ *Soering contra Reino Unido* (q. n.º 14.038/88), 07/07/1989.

⁵² Cfr. WYNGAERT, Christine von den; DUGARD, John, op. cit., p. 191 et seq.

⁵³ GILBERT, Geoff. *Responding to international crime*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 154.

⁵⁴ SHEA, Michael P. *Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases After Soering*. *Yale Journal of International Law*, Vol. 17, art. 4, 1992. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol17/iss1/4>. Acesso: 13 de março de 2019, 107.

⁵⁵ *Kirkwood c. Reino Unido* (q. n.º 10.479/83), 12/03/1984 (6 EHRR 190/191).

sujeição ao fenómeno do “corredor da morte”⁵⁶. A Comissão, relativamente ao Artigo 3.º, julgou a queixa admissível⁵⁷. É interessante notar, todavia, que requerente também invocou o Artigo 6.º, § 3.º, *d*, da CEDH, alegando que tinha o direito de realizar, no processo de instrução prévio à extradição, o interrogatório cruzado de testemunhas, e que, se o processo viesse a julgamento no Estado da Califórnia, possíveis equívocos no processo de instrução não poderiam vir a ser corrigidos judicialmente⁵⁸. A Comissão Europeia reafirmou o seu entendimento no sentido de que, para o fim de aplicação do Artigo 6.º, o processo de extradição não implicava na “determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”⁵⁹, pois, para tanto, seria necessário que tal procedimento levasse a um juízo completo de culpa. É interessante notar, todavia, a seguinte assertiva da Comissão: “deve-se esperar que [os EUA] obedeçam às normas de equidade idênticas às exigências do Artigo 6.º, incluindo a presunção de inocência, nada obstante os procedimentos de instrução [britânicos]”⁶⁰. Portanto, a Comissão já levava a crer, em *Kirkwood*, que a confiança nas garantias do sistema de justiça do Estado requisitante seria um pressuposto da extradição.

Contudo, como já dito, o *leading case* referente à matéria foi, indiscutivelmente, o caso *Soering*. Foi nele que TEDH, pela primeira vez, formulou o entendimento de que o Estado membro agiria de maneira incompatível com os valores e normas da Convenção, caso entregasse um indivíduo a outro Estado no qual existissem “*riscos reais*” para crer

⁵⁶ Cfr. DIJK, Pieter van; HOOFF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo (orgs). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4.ª Edição. Antuérpia-Oxford: intersentia, 2006, pp. 66/67.

⁵⁷ Cfr. DIJK, Pieter van; HOOFF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo (orgs). *op cit*, pp. 66/67.

⁵⁸ *Kirkwood c. Reino Unido* (q. n.º 10.479/83), 12/03/1984 (6 EHRR 190/191).

⁵⁹ *Kirkwood c. Reino Unido*, *cit.*, p. 9.

⁶⁰ “*The present case also concerns extradition, but the Commission notes that the tasks of the Magistrates' Court included the assessment of whether or not there was, on the basis of the evidence, the outline of a case to answer against the applicant. This necessarily involved a certain, limited, examination of the issues which would be decisive in the applicant's ultimate trial. Nevertheless, the Commission concludes that these proceedings did not in themselves form part of the determination of the applicant's guilt or innocence, which will be the subject of separate proceedings in the United States which may be expected to conform to standards of fairness equivalent to the requirements of Article 6, including the presumption of innocence, notwithstanding the committal proceedings. In these circumstances the Commission concludes that the committal proceedings did not form part of or constitute the determination of a criminal charge within the meaning of Article 6 of the Convention. This aspect of the applicant's complaint is accordingly incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention, within the meaning of Article 27 (2) of the Convention*” – Cfr. *Kirkwood c. Reino Unido*, *cit.*, p. 9.

que a pessoa extraditada estaria sujeita à tortura ou outro tratamento desumano⁶¹, devendo responsabilidade do Estado requisitado ser aferida de acordo com os parâmetros estabelecidos na própria CEDH⁶². Para os fins específicos desse trabalho, é mister apresentar, em linhas gerais, o julgamento do TEDH naquela ocasião, de modo que se possam entender melhor os requisitos estabelecidos como limites à cooperação.

O Sr. Jens Soering era um cidadão alemão ao qual se imputou o cometimento de duplo homicídio nos Estado da Virgínia (EUA), no ano de 1985⁶³, em que esse tipo de delito poderia ser punido com a morte. Com base no tratado de extradição EUA-Reino Unido vigente na época, o governo americano requereu a sua prisão, o que foi levado a efeito imediatamente pelo governo britânico⁶⁴. Quanto à extradição, todavia, o governo britânico, com base nas exceções previstas no art. IV do mencionado tratado, e considerando a abolição da pena de morte no seu país, requereu aos EUA garantias de que não se aplicaria a pena de morte; o que, entretanto, foi feito de modo satisfatório pelo estado americano⁶⁵. A questão gerou um impasse, porquanto a Inglaterra não possuía competência para julgar os factos, uma vez que o arguido era cidadão alemão, e estes se deram fora do seu território.

Assim, após um curto trâmite recursal, em agosto de 1988, o Secretário de Estado britânico assinou um mandado de entrega de Soering para os Estados Unidos⁶⁶. Sem mais instâncias recursais possível no país europeu, o extraditando levou a questão ao TEDH, que apreciou a matéria em julho de 1989. Nessa ocasião, o tribunal entendeu, por unanimidade, que a extradição para os Estados Unidos não poderia ocorrer, porquanto exporia o arguido a um “risco real” de tratamento contra as garantias previstas no artigo 3.º

⁶¹“Thus, with reference to extradition to a non-Contracting State, the Court has held that a Contracting State would be acting in a manner incompatible with the underlying values of the Convention, 'that common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law' to which the Preamble refers, if it were knowingly to hand over a fugitive to another State where there are substantial grounds for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment” (SCHUTTER, Olivier de. op. cit., p. 194)

⁶²“(…) the decision of the European Court of Human Rights in the Soering case has made it clear that the question of the responsibility of the requested state in an extradition proceeding may be raised under the European Convention on Human Rights”. (Cfr. FIJNAUT, Cyrille; GOETHALS, Johan; PETERS, Tony; WALGRAVE, Lode. Changes in society, crime and criminal justice in Europe. Antuérpia: Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, pg. 156).

⁶³ *Soering contra Reino Unido*, cit., § 12.

⁶⁴ *Soering contra Reino Unido*, cit., § 14.

⁶⁵ *Soering contra Reino Unido*, cit., § 22.

⁶⁶ *Soering contra Reino Unido*, cit., § 111.

da CEDH⁶⁷, não em razão da pena de morte em si (que, a propósito, não é vedada pela Convenção), mas sim devido ao chamado “fenômeno do corredor da morte”, equiparado, pelo TEDH, à tortura ou tratamento cruel ou degradante⁶⁸.

O acórdão *Soering* representou, na expressão de WYNGAERT, uma “dramática reviravolta” no estudo dos direitos humanos e no direito de extradição⁶⁹. Consoante DEMBOUR, “*Soering* permitiu a obtenção de resultados surpreendentes”, na medida em que “até àquele momento, sentia-se que os Estados apenas podiam ser responsáveis por suas próprias ações – às vezes omissões – as quais se davam diretamente sob a sua jurisdição”⁷⁰. Todavia, em razão de sua originalidade, naturalmente, despertou inúmeras dúvidas doutrinárias. A primeira seria a de se estaríamos diante de uma “exportação” ou “universalização” do padrão europeu de proteção aos direitos humanos⁷¹. Este, contudo, não problema, segundo SHEA, visto que *Soering* “não dá efeito extraterritorial à lei interna, apenas assegura que a autoridade judicial não é utilizada para facilitar as violações de direitos humanos por outros estados”⁷².

No modelo *Soering*, portanto, não interessa avaliar a responsabilidade do Estado requisitante, mas sim a do Estado signatário, em face da Convenção, em função de ter praticado, consoante o próprio TEDH, “um acto que tem por consequência direta a exposição de um indivíduo ao risco de maus-tratos proibidos”⁷³. Em outras palavras, a Corte não propugnou a aplicação universal da CEDH, fora do círculo dos países signatários; não disciplinou a responsabilidade internacional aplicável aos países de fora Convenção. Pelo contrário, tratou apenas da responsabilidade dos próprios estados convenientes pelos atos e decisões que tomam dentro de sua jurisdição, o que deriva do

⁶⁷ Artigo 3º - Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. (CEDH)

⁶⁸ *Soering contra Reino Unido*, cit., § 111.

⁶⁹ É de WYNGAERT e DUGARD a expressão “*dramatic breakthrough*” para qualificar a decisão do TEDH no referido caso. Traduzimo-lo por “revolução” por não acharmos, na língua portuguesa, termo que pudesse denotar a metáfora do avanço militar decisivo (“quebrar o cerco”) aplicada ao campo científico. Preferimos, portanto, um termo vernacular mais habitual que conotasse um conteúdo psicológico semelhante para o vocábulo (cfr. WYNGAERT, Christine von den; DUGARD, John, op. cit., p. 191);

⁷⁰ DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Who believes in human rights?: reflections on the European Convention*. Cambridge University Press, 2006, p. 87.

⁷¹ CARDOSO, Raquel. Idem, pg. 286

⁷² SHEA, Michael P. *Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases After Soering*. Yale Journal of International Law, Vol. 17, art. 4, 1992. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol17/iss1/4>. Acesso: 13 de março de 2019, p. 128.

⁷³ *Saadi c. Itália*, cit., § 126.

facto, como explica CARDOSO, de que o estado, ao extraditar, elege “um curso da ação” que tem como consequência direta “a exposição de um indivíduo a maus-tratos proibidos”⁷⁴, ainda que fora de sua própria jurisdição.

Porém, o modelo adotado pelo TEDH certamente traz em si a potencialidade de influir na mudança do ordenamento jurídico de outros países, como veio a acontecer, *mutatis mutandis*, com o uso do “referral” nos casos relacionados ao genocídio do Ruanda⁷⁵. Com efeito, o TPIR também foi levado a analisar uma hipótese de observância do processo equitativo num caso de transferência do julgamento. Note-se que as Regras de Procedimento e de Prova do TPIR expressamente preveem que, para a transferência do caso para julgamento no País “em cujo território o crime foi cometido” (artigo 11, A, i), a Secção de primeira instância deverá “estar convencida de que o acusado receberá um processo equitativo diante da jurisdição do Estado em questão” (artigo 11, C)⁷⁶. Para aferir o cumprimento de tal exigência, em *Uwinkindi*, o Tribunal não utilizou, expressamente, os mesmos métodos do TEDH⁷⁷. Todavia, pode-se dizer que a estrutura argumentativa tem paralelo com as decisões do TEDH. em que as exigências do TPIR de entregar os suspeitos para julgamento àquele país levou a uma reformulação do seu direito material e processual – modificações essas, como aponta RYNGAERT, que “foram recompensadas em 2011, quando o TPIR, no caso *Uwinkindi*, decidiu pela primeira vez autorizar a transferência de um suspeito sob sua custódia para a Ruanda”⁷⁸, seguido logo mais pelo próprio TEDH em *Ahorugeze c. Suécia*⁷⁹.

⁷⁴ CARDOSO, Raquel. Idem, *ibidem*.

⁷⁵ Para HAFETZ, o sistema do “referral” é uma ferramenta eficaz para diminuir a impunidade e “fortalecer a garantia do devido processo para além da sua capacidade limitada de processar casos individuais [dos Tribunais Internacionais]”, ao indicar de que como “as normas de equidade processual podem se desenvolver num sistema amplamente descentralizado de justiça criminal internacional” (cf. HAFETZ, Jonathan. *Punishing Atrocities Through a Fair Trial: International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism*. Cambridge University Press, 2018, p. 120).

⁷⁶ RPP/TPIR. Disponível em: <http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf>. Último acesso: 07/e4/2019.

⁷⁷ Com efeito, em nenhum momento refere-se à necessidade de afastar um “risco real” de “flagrante denegação de justiça” – Cfr. *Procurador c. Jean Uwinkindi* (p. n.º TPIR-2001-75-R11bis), 22/06/2011. Disponível em: <http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-01-75/trial-decisions/en/110628.pdf>.

⁷⁸ RYNGAERT, Over Cedric. *Does the Netherlands’ extradition of genocide suspects to Rwanda violate their human rights?* Disponível em: <http://blog.ucall.nl/index.php/2016/11/does-the-netherlands-extradition-of-genocide-suspects-to-rwanda-violate-their-human-rights/>. Acesso: 13/03/2019.

⁷⁹ *Ahorugeze c. Suécia* (q. n.º 37.075), 5ª S., 27/10/2011, §§ 117-118.

Independentemente disso, após o julgamento, algumas dúvidas passaram a surgir quanto à sua aplicação prática. A primeira referia-se à questão de saber quais seriam os direitos humanos que os Estados requeridos deveriam considerar no processo de extradição, e que tipo de violação poderia obstar a entrega⁸⁰, além de inúmeras outras questões transversais⁸¹. O primeiro deles, o mais evidente, foi ressaltado por WYNGAERT já em 1990, em artigo pioneiro sobre o tema: “se aceitarmos que a extradição deve estar de acordo, de modo geral, com os direitos humanos, quais direitos serão aplicáveis, e que tipo de violação deve ser considerada?”⁸². Com efeito, diante desse impasse, alguns chegaram a argumentar, “ambiciosamente”, que jamais se poderia permitir que a cooperação internacional pudesse resultar “numa diminuição das proteções dos direitos às pessoas envolvidas”⁸³.

E quanto ao Artigo 6.º? Como lembra PLACHTA, ao lado do problema dos direitos humanos fundamentais, como os do Artigo 3.º, havia outro de difícil solução: “os direitos relativos ao processo equitativo são aplicáveis à extradição, e, se forem, quais e em qual extensão?”⁸⁴. Tal questão, todavia, não foi apenas objeto de análises posteriores a *Soering*, primeiro porque, como já indicado, a Comissão já se referira à matéria, ainda que de modo superficial e *en passant*, no caso *Kirkwood*; mas também porque a questão do Artigo 6.º foi levada ao Tribunal no próprio caso *Soering*. Com efeito, em sua queixa, o requerente também alegava que a extradição poria em risco os seus direitos processuais, nomeadamente o exercício pleno do direito ao recurso, diante das falhas da assistência judiciária no Estado da Virgínia⁸⁵. A princípio, porquanto se tratava de pedido subsidiário, considerando que a causa de pedir principal já fora considerada procedente, qualquer

⁸⁰ Cf. WYNGAERT, Christine von den. Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box? *In* International Criminal Law and Procedure, Dartmouth, pg. 759, 1990.

⁸¹ Algumas delas serão tratadas nesse trabalho, como, *v.g.*, o conflito entre os deveres assumidos nos tratados de extradição e aqueles decorrentes dos tratados multilaterais de direitos humanos.

⁸² WYNGAERT, Christine von den. Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box? *In* International Criminal Law and Procedure, Dartmouth, 1990, pg. 759.

⁸³ Cf. STESENS, Guy. Money Laundering. A New International Law Enforcement Model. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pg. 255.

⁸⁴ PLACHTA, Michael. *Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare*. Resource Material Series no. 57, pp. 64/86. Disponível em: www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf. Acesso: abril de 2019, p. 66.

⁸⁵ *Soering contra Reino Unido*, cit., § 76.

declaração do Tribunal sobre a suposta violação do Artigo 6.º poderia ser considerada despicienda - técnica utilizada TEDH, p. ex., em *Saadi c. Itália*⁸⁶.

Todavia, a Corte efetivamente abordou a questão, afirmando previamente que o Governo britânico não poderia ser considerado “diretamente responsável pela falta de assistência legal nos termos da lei da Virgínia”, pois esse era um assunto “de inteira responsabilidade dos Estados Unidos da América”⁸⁷. Nesse ponto, é curioso notar que TRECHSEL, então juiz do TEDH, dissentiu dos seus pares, a afirmar que o Estado requerido não deveria estar “livre *a priori* de qualquer responsabilidade quanto à equidade dos procedimentos no estado requerente”, porquanto a extradição seria, para ele, “um ato de participação nos procedimentos” desse mesmo estado⁸⁸.

Nada obstante, o TEDH, muito embora não entendesse haver, no caso específico, violação ao Artigo 6.º, como já se disse, afirmou em *obiter dicta* que não excluía a possibilidade de que pudesse ocorrer, “excepcionalmente”, uma violação a esse direito por uma decisão de extradição, “nas circunstâncias em que o fugitivo *tenha sofrido* ou *sofra* o *risco de sofrer* uma *flagrante* negação ao devido processo legal no país requerente”⁸⁹. Portanto, apesar de a infringência não ter sido *in casu* reconhecida, *Soering* consagrou o entendimento de que o Artigo 6.º, embora se aplique prioritariamente ao próprio espaço da Convenção, estende a sua incidência além desses limites, nos casos de extradição.

Pode-se dizer, portanto, que o TEDH inaugurou, na referida passagem, consciente ou inconscientemente, o teste de aferição definitivo das violações potenciais ao Artigo 6.º nos processos de extradição: o do “risco real de flagrante denegação e justiça”, o qual foi reproduzido, como se verá adiante, em nos casos posteriores que tratam da matéria⁹⁰, e que pode ser assim resumido: além do requisito comum de aferição das violações dos direitos no Artigo 3.º da CEDH – qual seja, a necessidade de comprovação do risco real (“*real*

⁸⁶ Nesse caso, havendo decidido que a deportação do requerente para a Tunísia constituiria violação ao Artigo 3.º, o TEDH julgou “desnecessário decidir a questão hipotética de se, no caso de uma eventual expulsão para a Tunísia, também haveria violação ao Artigo 6º da Convenção”, evitando, portanto, pronunciar-se a respeito. – cfr. *Saadi c. Itália* (q. n.º 37201), GS, 11/07/2007, § 60.

⁸⁷ WYNGAERT, op. cit, pg. 770.

⁸⁸ TRECHSEL, Stefan, *apud* WYNGAERT, Christine von den. Op. Cit, pg. 770.

⁸⁹ *Soering c. Reino Unido*, cit., § 113. Sem destaques no original.

⁹⁰ Cfr. HEIJER, Maarten den. *Whose rights and which rights? The continuing story of non-refoulement under the European convention on human rights*. European journal of migration and law, v. 10, n. 3, pp. 277-314, 2008, p. 278.

risk”) –, é necessário avaliar a ocorrência de uma denegação de justiça que seja *flagrante*. O mencionado teste, em efeito, foi utilizado diversas vezes pelo Tribunal Europeu nos casos posteriores, em que, num pedido de extradição, se alegava a infringência ao Artigo 6.º da CEDH, com constantes referências à citada passagem de *Soering*, como se verá adiante. A natureza desse teste, bem como a consistência e coerência do seu uso, constitui o objeto central dessa dissertação, a ser abordado nos Capítulos 4.º e 5.º.

2.3) O conflito entre o dever de extraditar e não extraditar

Inerente à hipótese de recusar a extradição por força dos tratados de direitos humanos, está o problema do conflito de deveres e normas internacionais. Esse problema já havia sido colocado por WYNGAERT em 1991, quando afirmou que “uma obrigação internacional de *não extraditar* uma pessoa pode entrar em conflito com uma outra obrigação internacional: a obrigação *de extraditar* uma pessoa, consoante o tratado de extradição aplicável”⁹¹. Com efeito, não há no Direito Internacional, do modo como está disposto no direito interno, uma ordem clara de preferência entre os diversos conjuntos normativos, que comprove a superioridade das convenções de direitos humanos sobre os tratados de outras naturezas⁹².

Era natural que o Tribunal Europeu, em *Soering*, não tivesse se manifestado de modo explícito sobre a matéria, considerando que só lhe era dado avaliar, diante das fronteiras cognitivas, a compatibilidade entre as decisões do Estado signatário e os dispositivos da Convenção. Entretanto, pode-se dizer que houve o reconhecimento, ainda que implícito, da maior força vinculativa das normas de direitos humanos da CEDH; caso contrário, como justificar a responsabilização do Estado pelo descumprimento de uma dessas normas, diante da necessidade de escolha de adimplir com apenas uma de duas obrigações distintas? Com efeito, posteriormente, em casos como *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, p. ex., o Tribunal deixou evidente certo juízo de hierarquia das normas internacionais, ainda que não tenha evitado ser demasiado explícito. De início, o Tribunal

⁹¹ WYNGAERT, Christine von den. op cit., pgs. 761-762.

⁹² Cfr. WYNGAERT, Christine von den; DUGARD, John. Reconciling Extradition with human rights. In American Journal of International Law, Vol. 92, nº 2, abr/1998, pg. 194.

reconhece “a importância de cooperação internacional”⁹³; porém, ressalta o “caráter especial da Convenção”, visto se tratar de um tratado “para aplicação dos direitos humanos e liberdades fundamentais”, cujos preceitos devem ser, portanto, interpretados de maneira a que “torne as suas garantias práticas e efetivas”⁹⁴. Ao final, reconheceu ser uma derivação lógica de precedentes como *Soering* e *Bosphorus*, que a responsabilidade dos Estados contratantes “não é excluída, mesmo que tenha agido em obediência à lei interna do cumprimento de obrigações legais internacionais”⁹⁵. Portanto, claro está que as normas de direitos humanos da Convenção ocupam, por sua natureza, uma posição hierarquicamente superior às demais obrigações internacionais.

Os estudiosos da matéria, entretanto, reconhecem não existir certeza quanto ao fundamento dessa superioridade. A esse propósito, WYNGAERT e DUGARD defendiam que essa prevalência se daria porque os tratados de direitos humanos são de *jus cogens*⁹⁶, e também por fazerem parte da “*ordre public* da comunidade internacional ou de uma região em particular”⁹⁷. Noutro sentido, SAHINKAYA entende ser mais adequada a ideia de que a preferência deriva de que “alguns direitos humanos pertencem ao direito internacional consuetudinário”⁹⁸, ou ainda, de que possuem caráter supremo/constitucional⁹⁹, pois seria “ao menos controversa” a extensão do conceito de *jus cogens* a certos direitos, como o devido processo legal¹⁰⁰.

⁹³ *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido* (q. n.º 61498), 4ª S., 02/03/2010, § 126.

⁹⁴ *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, cit., § 127.

⁹⁵ *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, cit., § 128.

⁹⁶ WYNGAERT, Christine von den; DUGARD, John, op. cit., pg 195.

⁹⁷ WYNGAERT, Christine von den; DUGARD, John. op. cit, pg 195.

⁹⁸ SAHINKAYA, Yalçın, *Extraterritorial effect of right to a fair trial: how to test the flagrant denial of a fair trial in extradition cases under international human rights law?* In *Human Rights Review*, Volume III, n. 2, Dez/2013, pg 26.

⁹⁹ SAHINKAYA, op. cit., pg. 25.

¹⁰⁰ SAHINKAYA, op. cit., pg. 25.

3) A VIOLAÇÃO DO ARTIGO 6º PELOS ESTADOS SIGNATÁRIOS: INCONSISTÊNCIAS E INCOERÊNCIAS.

Como já esboçado na introdução, para que se possa compreender os instrumentais criados e utilizados pelo TEDH na análise da conformidade das decisões de extradição ao Artigo 6.º da Convenção, é necessário descrever e perceber os instrumentais utilizados pelo Tribunal na aferição de violações do direito ao processo equitativo nos processos judiciais penais dos próprios Estados signatários. Embora, como se verá adiante, tenham sido criados requisitos específicos para o reconhecimento das potenciais violações na primeira categoria de casos (não sendo, portanto, as conclusões de uma necessariamente derivadas das conclusões da outra), há, de facto, uma relação de codependência. Seguindo a metodologia de GOSS, percebe-se que a jurisprudência do TEDH sobre a matéria, tanto quanto ao modo de interpretar o Artigo 6.º, como quanto à metodologia utilizada para aferir as suas violações, carecem de consistência interna (quanto à densidade da fundamentação) e coerência sistémica (quanto à relação dos precedentes entre si).

3.1) O Artigo 6.º é “diferente”.

A definição de um processo equitativo nunca foi tarefa das mais fáceis. Para VAZ e BOTELHO, seria um processo que “possibilita a ambas as partes processuais idênticas condições ou mecanismos para tutelarem as suas posições jurídicas e interesses legalmente protegidos”, assumindo especial relevância os princípios da igualdade de armas e o do contraditório¹⁰¹. Daí se poderia inferir, como TRECHSEL, que a equidade processual é um conceito instrumental, de modo que “as disposições do Artigo 6º são mais obrigações de resultado (“*result*”) do que de meio (“*conduct*”), de modo a ser permitido aos tribunais nacionais seguir quaisquer regras, desde que o resultado final possa ser visto como um processo equitativo”¹⁰². A análise de violação ao Artigo 6.º, portanto, não pode ter carácter

¹⁰¹ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos. *Algumas reflexões sobre o Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*. In Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 3, n.º 2, p. 231-242, abr/2016, p. 235.

¹⁰²TRECHSEL, op. cit., pg. 202.

substantivo¹⁰³, devendo-se analisar não a “equidade” da decisão em si mesma, mas sim do procedimento utilizado pelas Cortes nacionais¹⁰⁴.

Esse caráter instrumental, todavia, não soluciona a questão, demasiado ampla e vaga, de quando o “resulta final do processo” é, ou não, justo e equitativo. Afinal, as noções de justiça (“*justice*”) e equidade (“*fairness*”) são conceitos extrajurídicos ou, em melhor hipótese, jurídico-filosófico. É razoável crer, como SUMMERS, que a “concepção de equidade é profundamente dependente da própria visão da estrutura do processo”¹⁰⁵. Em verdade, como aponta a autora, a aceitação, por parte de diversos países, de ratificar provisões internacionais como as do Artigo 6º da CEDH, decorre da crença de ser “possível regular diferentes modelos de processo penal com base num princípio teórico vago”¹⁰⁶. Certo nível de vagueza e ambiguidade, portanto, torna-se estratégico para evitar a imposição de um ou outro modelo sobre os demais.

Todavia, a ambiguidade de uma norma jurídica torna ao aplicador do direito mais difícil a tarefa de interpretá-lo – e, ao jurisdicionado, margem de insatisfação. Não é à toa, como demonstra VILLIGER, que as queixas que alegam violações ao Artigo 6.º no TEDH representam um terço do total de julgamentos pendentes, o que contribui substancialmente para a sobrecarga de trabalho do Tribunal¹⁰⁷. Tal cenário não é novo, visto que, já em 1994, afirmara GROTRIAN que “um número maior de precedentes foi gerado pelo Artigo 6º do que por qualquer outro artigo da Convenção”, o que ocorreria, segundo ele,

¹⁰³TRECHSEL, op. Cit., pg. 202.

¹⁰⁴ A doutrina do caráter “procedimental”, embora atrante, pode levar a consequências controversas. Por exemplo, a punição capital para participantes de movimentos insurrecionais não implicaria em infringência ao Artigo 6.º, porque se restringe “a definir que qualquer tipo de perseguição criminal deve obedecer às exigências de um processo equitativo”, não limitando “o poder de os estados fazerem da participação em movimentos insurgentes um acto punível, inclusive com a sentença de morte” (TOMUSCHAT, Christian. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford University Press, 2014, p. 307).

¹⁰⁵ SUMMERS, Sarah J. *Fair trials: The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, 2007, p. 167

¹⁰⁶ SUMMERS, op. cit., pg. 98.

¹⁰⁷ Ainda segundo o autor, os casos relativos à duração razoável do processo são particularmente danosas ao andamento dos trabalhos no Tribunal (VILLIGER, Mark. *Fair Trial and Excessive Length of Proceedings as Focal Points of the ECtHR’s Increasing Caseload*, in WOLFRUM, Rüdiger; DEUTSCH, Ulrike (Ed.). *The European Court of Human Rights overwhelmed by applications: problems and possible solutions: international workshop*, Heidelberg, December 17-18, 2007. Springer Science & Business Media, 2009, p. 93/94). Vale salientar que Portugal tem sido objeto de diversas condenações pelo TEDH exatamente nessa matéria (cfr. VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos. *Algumas reflexões sobre o Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*. In Revista Eletrônica de Direito Público, Vol. 3, n.º 2, p. 231-242, abr/2016, p. 233).

supostamente em razão “da alcance e da importância dos direitos que garante, e o volume de litígios de natureza civil, criminal e outros, nos Estados Contratantes”¹⁰⁸.

Talvez pela ambiguidade do texto legal, talvez pela imensa litigiosidade, seria difícil a tarefa de criar um *case-law* íntegro e coerente sobre a matéria – o que, de facto, não ocorreu. Essa é a conclusão de GOSS, ao afirmar que a abordagem do artigo 6º pelo TEDH é eivada de contradições internas, com graves consequências para a segurança jurídica. Para ele, “a jurisprudência da Corte Europeia sobre o processo criminal justo e equitativo do artigo 6º é incoerente, sub-teorizada, e pobremente fundamentada”¹⁰⁹.

Uma das primeiras dificuldades inerentes à interpretação do Artigo 6.º deriva do facto de que “o Artigo 6.º é um dos mais longos e mais detalhados dispositivos da Convenção”¹¹⁰, sendo “13 vezes mais longo que o Artigo 3º, e o segundo, passado apenas pelo Artigo 5.º, em tamanho e em número de subdivisões nele contidas”¹¹¹. Com efeito, para o autor o “Artigo 6.º é diferente”, visto que há nele inúmeras particularidades que “dificultam a tarefa aferir potenciais violações”¹¹². Para GOSS, seriam elas: 1) ao contrário do que ocorre em outros dispositivos (tais como os artigos 8, 2, e 9-11), a CEDH não prevê as exceções pelas quais uma infringência seria justificável *prima facie*, dificultando, assim, a tarefa de aferir as exceções à regra; 2) não há consenso quanto à estrutura interna do artigo (se há apenas um, ou vários direitos; se o conceito de “processo equitativo” confunde-se com a de uma “*fair hearing*”; quais são os direitos implícitos¹¹³; etc.); 3) os *travaux préparatoires* não auxiliam a solução do problema; e 4) o próprio Tribunal utiliza diversas ferramentas inconsistentes e incoerentes entre si na aferição de suas possíveis violações¹¹⁴.

Um fenómeno que, para GOSS, demonstra a complexidade do tema no seu trato pela jurisprudência do Tribunal Europeu, é a assertiva, pouco explicada, de que o direito ao

¹⁰⁸ GROTRIAN, Andrew. *Article 6 of the European Convention on Human Rights. The Right to a fair trial.* Human Right Files n.º 13. Council of Europe Publishing, 1994, p. 6.

¹⁰⁹ GOSS, Ryan. *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights.* Londres: Hart Publishing, 2016, pg. 3.

¹¹⁰ GOSS, op. cit., p. 119.

¹¹¹ GOSS, idem, ibidem.

¹¹² GOSS, op. cit., p. 116.

¹¹³ O problema dos direitos implícitos representa ainda maior insegurança jurídica (cfr. GOSS, op. cit., pp. 89/101).

¹¹⁴ GOSS, op. cit., pp. 116-124.

processo equitativo ocupa “uma posição de destaque numa sociedade democrática”¹¹⁵. Essa afirmação parece ter sido feita, originalmente, no caso *Delcourt c. Bélgica*, para justificar que uma “interpretação restritiva” não estaria de acordo com os fins da Convenção¹¹⁶. Para GOSS, o TEDH, em *Delcourt*, não “explica nem elabora sobre a sua afirmação de que os direitos [relativos ao] processo equitativo ocupam uma posição especial numa sociedade democrática”¹¹⁷. Pergunta-se o autor, afinal: por que isso importa? Em suas palavras (destaques acrescentados)¹¹⁸:

Embora possa ser auto-evidente em alguma extensão, deve-se notar que o Tribunal Europeu não explica por que enxerga o direito ao processo equitativo como possuidor de tal posição de proeminência numa sociedade democrática, *ou por que a centralidade do processo equitativo numa sociedade democrática implica numa interpretação não-restritiva*. Com efeito, poderia ser dito com a mesma facilidade que a centralidade do processo equitativo numa sociedade democrática significa que o Artigo 6.º deve ser lido de modo estritamente literal, ou deveria ser lido estritamente em concordância com a intenção de seus elaboradores?

Tais referências podem ser interpretadas apenas como “retórica inofensiva” do Tribunal, mas também pode indicar a existência de algo no Artigo 6.º que seria mais difícil de articular do que nas outras provisões da Convenção¹¹⁹. Por outro lado, como se verá mais adiante, a retórica da impossibilidade de interpretação restrita pelo “relevante papel numa sociedade democrática”, de certo modo, entra em conflito com o teste da “flagrante denegação de justiça” nos processos de extradição, sendo utilizada, muitas vezes, para afastá-lo.

¹¹⁵ GOSS, op. cit., p. 31 et seq.

¹¹⁶ “*There would be a danger that serious consequences might ensue if the opposite view were adopted; the Principal Delegate of the Commission rightly pointed to those consequences and the Court cannot overlook them. In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision*” – Crf. *Delcourt c. Bélgica* (q. n.º 2.689), 17/01/1970, § 25.

¹¹⁷ GOSS, op. cit., p. 31.

¹¹⁸ GOSS, op. cit., ibidem.

¹¹⁹ GOSS, op. cit., p. 34

3.2) A inconsistência da interpretação teleológica.

Nos inúmeros casos em que teve a oportunidade de apreciar possíveis violações ao Artigo 6.º da Convenção, o Tribunal Europeu já utilizou diversas ferramentas, aderindo a visões diferentes quanto ao modo de exegese do texto da Convenção. Todavia, para GOSS, o TEDH “raramente explicou por que utiliza uma técnica ou ferramenta particular num caso particular, ou tipo de caso”, sendo que em algumas hipóteses, determinado instrumental é preferido ao outro, sem justificativa¹²⁰.

Tome-se, p. ex., o uso da interpretação teleológica (artigo 31, 1, da Convenção de Viena), constante em inúmeros precedentes do Tribunal. GOSS realça que, em *Sutter c. Suíça*¹²¹, o TEDH, a respeito do princípio da publicidade, afirmou que não importa o aspecto formal do artigo 6.º, mas sim “os *propósitos* inerentes à publicidade nele prevista”¹²². Por sua vez, em *DeCubber c. Bélgica*¹²³, o TEDH aludiu ao “*objetivo e propósito* do dispositivo”¹²⁴. No entanto, contesta GOSS que o Tribunal, apesar de “invocar entusiasticamente” os “objetivos e propósitos” do Artigo 6.º, raramente explica as razões pelas quais tal abordagem é preferida a outras em determinados caso¹²⁵. Já em *John Murray c. Reino Unido*¹²⁶, o Tribunal alude aos “fins” (*aims*) do Artigo 6.º, expressão essa

¹²⁰ GOSS, op. cit., p. 15.

¹²¹ “*Whilst the member States of the Council of Europe all subscribe to this principle of publicity, their legislative systems and judicial practice reveal some diversity as to its scope and manner of implementation, as regards both the holding of hearings and the “pronouncement” of judgments. The formal aspect of the matter is, however, of secondary importance as compared with the purpose underlying the publicity required by Article 6 para. 1 (art. 6-1). The prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial impels the Court, for the purposes of the review which it has to undertake in this area, to examine the realities of the procedure in question*” – Cfr. *Sutter c. Suíça* (q. n.º 8.209/78), 22/02/1984, § 27, destaques acrescidos.

¹²² GOSS, op. cit., p. 20, destaques acrescidos.

¹²³ “*Without underestimating the force of the Government’s arguments and without adopting a subjective approach (see paragraphs 25 and 28 above), the Court recalls that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) - notably in regard to observance of the fundamental principle of the impartiality of the courts - would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention* – Cfr. *De Cubber c. Bélgica* (q. n.º 9.186/80), 14/09/1987, § 30, destaques acrescidos.

¹²⁴ GOSS, op. cit., ibidem, destaques acrescidos.

¹²⁵ GOSS, op. cit., p. 19.

¹²⁶ “*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)” - *John Murray c. Reino Unido* (q. n.º 18.731/91), G. S., 08/02/1996, § 45 (destaques acrescidos)*

repetida em *Allan c. Reino Unido*¹²⁷. No mesmo diapasão, obtempera GOOS, “em nenhum momento [o Tribunal] especifica quais são esses fins, ou explica os motivos pelos quais esse género de casos leva a essa abordagem interpretativa em particular”¹²⁸.

Outro exemplo de ferramenta interpretativa de uso inconsistente é a do afastamento da interpretação literal. GOSS aponta que o TEDH “frequentemente demonstrou a intenção de superar uma análise estritamente literal” do Artigo 6.^o¹²⁹, utilizando-se, para tanto, de três fundamentos distintos: a) ao da estimativa hipotética da intenção dos autores da Convenção; b) o da alusão ao relacionamento interno dos componentes integrantes do artigo 6^o; c) o do apelo aos sistema da Convenção como um todo. Tais referências são feitas, entretanto, apesar de o TEDH “raramente explicar quanto irá utilizar alguma dessas técnicas”¹³⁰.

Portanto, ao valer-se de uma interpretação teleológica e frequentemente afastar o uso de uma interpretação literal, sem, contudo, demonstrar as razões pelas quais age desse modo, o TEDH aumenta o grau de incerteza e insegurança jurídica quanto às efetivas exigências do Artigo 6.^o, o que também tem consequências naturais para os processos de extradição. Com efeito, no momento em que se depara com uma possível violação do direito ao processo justo e equitativo num pedido de cooperação judiciária internacional, devem os Estados contratantes atentar para satisfação dos “objetivos e propósitos” e dos “fins” do Artigo 6.^o no processo penal do Estado requisitante? Se sim, seria para todos os casos, ou apenas para uma categoria deles? Quais seriam esses fins? Como defini-los com a necessária densidade normativa? Além disso, em quais hipóteses, diante de um pedido de extradição, seria vedado ao Estado signatário praticar uma interpretação literal? Quando deveria praticá-la?

¹²⁷ “As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has reiterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure. Their aim is to provide an accused person with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice and secure the aims of Article 6” – Cfr. *Allan c. Reino Unido* (q. n.º 48.539/99), 4^a S., 05/02/2002, § 44 (destaques acrescentados).

¹²⁸ GOSS, op. cit., p. 21.

¹²⁹ GOSS, op. cit., p. 23.

¹³⁰ GOSS, op. cit., p. 24.

São questões de extrema relevância mas que normalmente não são levantadas nos casos de expulsão e extradição abordados pelo Tribunal Europeu, nem, de um modo geral, pelos estudiosos da matéria.

3.3) As incertezas quanto à visão do TEDH sobre a sua própria competência

O Tribunal Europeu, observa GOSS, continuamente descreve a sua atuação como residual, enfatizando “o estreito âmbito de seus poderes”¹³¹, entre outras razões, por “não ser uma corte de quarta instância”¹³². Em *Miragall Escolano e outros c. Espanha*¹³³, p. ex., a Corte reitera que “cabe primariamente às autoridades nacionais, nomeadamente às cortes de apelação e às de primeira instância, resolver problemas de interpretação da legislação interna”¹³⁴. De acordo com TRECHSEL, o TEDH segue a doutrina da “quarta instância” de modo “correto e racional”, visto não ser a sua função “lidar com erros de natureza fática ou jurídica, a não ser nos casos em que impliquem em infringência a um dispositivo da Convenção”¹³⁵. Por sua vez, a doutrina da “margem de apreciação”, que segundo KLEINLEIN, é consequência da análise procedimental¹³⁶, entende que a qualidade do processo decisório interno, e a efetiva análise da proporcionalidade e razoabilidade de uma medida pelas Cortes nacionais, são circunstâncias aptas a dispensar a própria revisão do Tribunal Europeu¹³⁷. Com efeito, consoante VAZ e BOTELHO, “o Tribunal de Estrasburgo confere aos Estados uma ampla margem de apreciação quanto ao seu funcionamento concreto”, concentrando-se “mais no resultado dessa atividade, do que no

¹³¹ GOSS, op. cit., p. 37

¹³² GOSS, op. cit., p. 42.

¹³³ “The Court reiterates at the outset that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts of appeal and of first instance, to resolve problems of interpretation of domestic legislation” – Cfr. *Miragall Escolano e outros c. Espanha* (q. n.º 38366/97 e outras), 4ª S., 25/05/2000, § 33.

¹³⁴ GOSS, op. cit., p. 45.

¹³⁵ TRECHSEL, Stefan. *Human rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pg. 202.

¹³⁶ Cfr. TEDH. *Declaração de Brighton*. Conferência de Alto Nível sobre o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, abr/2012, 12 (a).

¹³⁷ KLEINLEIN, Thomas. *The procedural approach of the european court of human rights: between subsidiarity and dynamic evolution*. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 68, n. 1, 2019, p. 93.

funcionamento em si”¹³⁸. Nesse sentido, *Sejdovic c. Itália*, o Tribunal Europeu aponta que “a Convenção deixa aos Estados Contratantes uma larga discricionariedade quanto à escolha dos meios calculados para assegurar que os seus sistemas legais estão de acordo com as exigências do Artigo 6.º”, sendo o trabalho do Tribunal apenas “determinar se o resultado requerido pela Convenção foi atingido”¹³⁹.

Todavia, objeta GOSS que a Corte “não provê a formula de abordar a questão de como, e em qual nível de intensidade, ela revê a análise legal e factual das cortes nacionais, a fim de determinar se tal análise contrariou as obrigações do Artigo 6º”¹⁴⁰. Isso porque, ao observar outros casos do TEDH, vê-se que as exceções são de tantas que, para GOSS, seria mais correto “enquadrar a exceção como a regra”¹⁴¹. Em *Telfner c. Áustria*, p. ex., inobstante o TEDH ter afirmado que regra geral, cabe às cortes nacionais apreciar as provas a elas apresentadas, “enquanto cabe ao Tribunal [Europeu] dizer se os procedimentos, considerados em conjunto (“*as a whole*”), foram equitativos”¹⁴², GOSS cita várias exceções em que o TEDH adentra em análise factual e legal¹⁴³, a ponto de afirmar que “se o Tribunal Europeu se dispõe a revisar a análise factual e legal em tantas situações, arriscar-se a fazer parecer que a sua posição definitiva é, de facto, que o Tribunal vê-se a si próprio como empoderado para empreender uma análise do género de apelação, a não ser que o requerimento seja do raro tipo que não é apto a adequar-se a uma das categorias citadas”¹⁴⁴.

¹³⁸ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos. *Algumas reflexões sobre o Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*. In Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 3, n.º 2, p. 231-242, abr/2016, p. 237.

¹³⁹ *Sejdovic c. Itália* (q. n.º 56581), G.S., 01/03/2006, § 83.

¹⁴⁰ GOSS, op. cit., p. 46.

¹⁴¹ GOSS, op. cit., p. 47.

¹⁴² “The Court recalls that, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them, while it is for the Court to ascertain that the proceedings considered as a whole were fair, which in case of criminal proceedings includes the observance of the presumption of innocence. Article 6 § 2 requires, *inter alia*, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused (...). Thus, the presumption of innocence will be infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence” – Cfr. *Telfner c. Áustria* (q. n.º 33.501/96), 3ª S., 20/03/2001 (final: 20/06/2001), § 15.

¹⁴³ GOSS, op. cit., p. 52.

¹⁴⁴ GOSS, op. cit., p. 58.

Isso se dá, na opinião de GOSS, porque a distinção entre a análise holística do processo¹⁴⁵ e uma revisão factual própria dos recursos de apelação é “escorregadia”¹⁴⁶. A comprovação disso, para o autor, está em *Schenk c. Suíça*¹⁴⁷:

Embora o Artigo 6.º (...) garanta o direito a um julgamento equitativo, não estabelece quaisquer regras sobre a admissibilidade de provas enquanto tais, o que é, portanto, fundamentalmente uma questão de regulamentação pelo direito nacional. O Tribunal, por conseguinte, não pode excluir, por uma questão de princípio e em abstracto, que provas obtidas ilegalmente do presente tipo possam ser admissíveis. Só tem que verificar se o julgamento do Sr. Schenk como um todo foi equitativo.

Nesse caso, o Tribunal refutou a alegação de violação ao Artigo 6.º porque o arguido teve resguardado os seus direitos de defesa, com oportunidade de suscitar alegações necessárias a ela diante de um “juiz competente” e, afinal, porque a prova impugnada não foi exclusiva para a sua condenação¹⁴⁸. Com sagacidade, GOSS demonstra que o raciocínio do Tribunal em *Schenk* é circular: com efeito, ao aceitar a premissa segundo a qual é necessário avaliar se o processo, como um todo, foi equitativo, a consequência lógica seria avaliar, também, se a prova questionada deveria ter sido, ou não, admitida; por outro lado, se cabe às cortes nacionais analisar a matéria da ilegalidade da prova, então a cognição do Tribunal deveria ter sido limitada ao juízo de admissibilidade, sem nenhuma necessidade de avaliar a equidade “do processo como um todo”¹⁴⁹.

3.4) As incoerências quanto à estrutura interna do Artigo 6º.

A jurisprudência do TEDH, como demonstra GOSS, também é fragmentada quanto à estrutura interna do artigo 6.º, adotando concomitantemente concepções completamente distintas, as quais “podem estar em tensão umas com as outras, ou mesmo

¹⁴⁵ Optamos por traduzir o termo frasal “*proceedings (considered) as a whole*”, por “abordagem holística do processo”, utilizado no voto apartado, parcialmente dissidente, dos Juízes SAJÓ e KARAKAS, no acórdão da Grande Secção em *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido* (qs. n.ºs 26.766/05 e 22.228/06), G. S., 2010, por nos parecer mais conciso e preciso.

¹⁴⁶ GOSS, op. cit., p.47.

¹⁴⁷ *Schenk c. Suíça* (q. n.º 10.862), 12/07/1988, § 46.

¹⁴⁸ *Schenk c. Suíça*, cit., §§ 47-48.

¹⁴⁹ GOSS, op. cit., p. 60.

contradizer umas às outras”¹⁵⁰. A primeira é a de que os direitos listados no Artigo 6.º constituem garantias mínimas e independentes entre si; a segunda é a de que os direitos nele listados constituem aspectos de um direito genérico à equidade processual. Essa visão não é de todo nova; nos *travaux préparatoires* da DUDH, p ex., já se falava, a respeito do Artigo 11.º, que certas garantias, como o direito à confrontação de testemunhas, não seriam princípios, mas aplicações de um “princípio geral de equidade”(e, portanto, não deveriam constar de uma Declaração)¹⁵¹.

A forma como o TEDH avalia a questão, contudo, é muito superior a uma mera divagação teórica. Com efeito, o modo como o Tribunal vê a estrutura do Artigo 6.º determina o método de como apreciar as suas violações, como exemplifica GOSS¹⁵²:

(...) Optar lidar com uma queixa que interroga: "houve um julgamento justo?", envolve fazer uma pergunta muito diferente, de facto, por exemplo, do que "se o acusado foi informado no mais curto prazo, em uma língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e a da causa da acusação contra ela formulada" [Artigo 6.º, § 3, a].

A questão é de extrema relevância para os processos de extradição. Afinal, quando o TEDH cunhou o teste da “flagrante denegação de justiça”, fê-lo com o intuito de que as garantias do Artigo 6.º devem ser entendidas como mínimas e individuais, ou como um único direito geral de equidade? Nas próximas duas subsecções, serão explicadas as diferentes abordagens utilizadas pelo Tribunal, de modo a melhor explicitar cada uma delas.

3.4.1) O rol do Artigo 6.º como garantias mínimas e independentes

Numa primeira abordagem, os direitos previstos nos parágrafos do Artigo 6.º são vistos pelo TEDH como regras individuais que, embora estejam inseridas num conceito mais amplo de equidade processual, constituem garantias mínimas e independentes entre si, as quais devem ser compreendidas, portanto, de modo autónomo. De acordo com

¹⁵⁰ GOSS, op. cit., p. 67.

¹⁵¹ Nas palavras de CASSIN, seria desnecessário incluir tais regras na declaração, sugeridas por ROOSEVELT, por não se tratar de princípios gerais (WEISSBRODT, David; HALLENDORFF, Mattias. *Travaux Préparatoires of the Fair Trial Provisions-Articles 8 to 11-of the Universal Declaration of Human Rights*. Hum. Rts. Q., v. 21, 1999 p. 1061).

¹⁵² GOSS, op. cit., p. 66.

GOSS¹⁵³, essa abordagem está expressa em casos como *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*¹⁵⁴, no qual o TEDH afirmou:

(...) Tal como acontece com os outros elementos do artigo 6.º, § 3.º, este é um dos direitos mínimos que devem ser concedidos a qualquer pessoa acusada de um crime. Enquanto direitos mínimos, as disposições do Artigo 6.º, § 3.º constituem garantias expressas e não podem ser lidas, como foi pelo Tribunal de Relação de Sellick (...), como ilustrações de assuntos a serem levados em conta ao considerar se houve um julgamento equitativo (...). Igualmente, mesmo quando esses direitos mínimos foram respeitados, o direito geral a um processo equitativo, garantido pelo artigo 6.º, n.º 1, exige que o Tribunal determine se o processo como um todo foi equitativo.

Esse, para GOSS, é o caso que, na jurisprudência mais recente do Tribunal Europeu, está em consonância aos fundamentos expendidos em 1961 pela Comissão Europeia em *Nielsen c. Dinamarca*, o qual, segundo o autor, teria provido na altura “um claro e imediatamente compreensível modelo de como apreciar um requerimento em que múltiplas violações ao artigo 6.º são alegadas, e mais genericamente da estrutura interna do Artigo 6.º”¹⁵⁵. De acordo com o modelo *Nielsen*, cada um dos direitos do Artigo 6.º constituem garantias mínimas; todavia, caso que não sejam encontradas violações a uma delas - como, p. ex., ao Artigo 6º, § 3.º - a questão de saber se o julgamento está conforme aos critérios estabelecidos no artigo 6º, § 1.º (ou seja, se houve um processo equitativo) não pode deixar de ser apreciada; para essa última finalidade é que o Tribunal deve realizar a sua apreciação “através da avaliação geral do processo, e não de acordo com a apreciação isolada de um aspecto pontual do julgamento ou de um incidente em particular”¹⁵⁶.

Portanto, seriam necessárias duas avaliações: uma específica, da conformidade a uma garantia mínima, a qual, por si só, já pode constituir uma infringência ao Artigo 6.º; outra geral, que consiste em interrogar a questão de saber se foi garantido ao arguido um processo justo e equitativo. Consoante a seccional do TEDH em *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*: “ainda que tais direitos mínimos tenham sido respeitados, o direito genérico

¹⁵³ GOSS, op. cit., p. 71.

¹⁵⁴ *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido* (qs. n.ºs 26.766/05 e 22.228/06), 4ª S., 20/01/2009.

¹⁵⁵ GOSS, op. cit., p. 70.

¹⁵⁶ *Nielsen c. Dinamarca* (Comissão), *apud* GOSS, op. cit., *ibidem*.

a um processo equitativo garantido [pelo artigo 6.º, § 1.º] exige que o Tribunal verifique se os procedimentos, em geral, foram justos”¹⁵⁷.

3.4.2) Um direito único e geral ao processo equitativo

Nada obstante o entendimento apresentado na subsecção anterior seja claro e eficaz, outro modelo, completamente diverso, frequentemente utilizado pelo TEDH, percebe o Artigo 6.º como um direito único, i.e., o direito ao processo equitativo, do qual fazem parte as demais garantias constantes no artigo, na qualidade de aspectos específicos desse direito geral. O Tribunal Europeu, conforme GOSS, em várias oportunidades escolheu enfatizar, p. ex., “o *status* dos direitos do Artigo 6.º, 3.º, como representando ‘aspectos específicos’ do direito mais genérico à garantia do ‘juízo equitativo’ contida no artigo 6.º, 1.º”¹⁵⁸.

Tal visão entra em choque, claramente, com o modelo *Nielsen*. Não fosse o bastante, ao assumir como premissa a existência de um direito único e geral, o TEDH fragmenta ainda mais a sua análise nos diversos casos, adotando três abordagens distintas, segundo as quais: a) o objeto de análise deve ser apenas a garantia geral ao processo equitativo, de forma tal que não se devem conhecer/analisar as alegações sobre as regras específicas, como em *Bönisch c. Áustria*¹⁵⁹; b) só se devem analisar – e portanto alegar - as regras específicas, visto que “incorporam” o direito geral, como se observa em *Pakelli c. Alemanha*¹⁶⁰ e *Daud c. Portugal*¹⁶¹; e c) devem-se alegar e analisar as regras específicas

¹⁵⁷ *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido* (qs. n.ºs 26.766/05 e 22.228/06), 4ª S., 20/01/2009, § 34.

¹⁵⁸ GOSS, op. cit., pp. 72-73.

¹⁵⁹ “Read literally, sub-paragraph (d) of paragraph 3 (art. 6-3-d) relates to witnesses and not experts. In any event, the Court would recall that the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (...). In the circumstances of the instant case, the Court, whilst also having due regard to the paragraph 3 (art. 6-3) guarantees, including those enunciated in sub-paragraph (d) (art. 6-3-d), considers that it should examine the applicant’s complaints under the general rule of paragraph 1 (art. 6-1)” – Cfr. *Bönisch c. Áustria* (q. n.º 8.658/79), 06/05/1985, § 29.

¹⁶⁰ “In company with the Commission, the Court would recall that the provisions of Article 6 para. 3 (c) (art. 6-3-c) represent specific applications of the general principle of a fair trial, stated in paragraph 1 (see the *Deweer* judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, p. 30, para. 56). Accordingly, the question whether paragraph 1 (art. 6-1) was observed has no real significance in the applicant’s case; it is absorbed by the question whether paragraph 3 (c) (art. 6-3-c) was complied with. The finding of a breach of the requirements of paragraph 3 (c) (art. 6-3-c) dispenses the Court from also examining the case in the light of paragraph 1

em conjunto com a garantia geral, consoante acórdãos como *Monnel e Morris c. Reino Unido*¹⁶² e *Foucher c. França*¹⁶³.

3.5) Métodos de aferição: inconsistências e incoerências

O problema, entretanto, não se limita ao modo como o TEDH interpreta, abstratamente, o Artigo 6.º, ou sobre a visão que o Tribunal tem de sua própria competência: como demonstra GOSS, várias técnicas são utilizadas para aferir as possíveis violações do artigo 6º, as quais, para o autor, carecem de consistência, visto que não se esclarece *de que modo* cada uma das ferramentas é identificada e utilizada, e de coerência, visto que não se esclarece *por que* uma delas é aplicada em detrimento das outras, em dadas situações particulares¹⁶⁴.

Numa análise transversal do *case-law* do Tribunal Europeu, são identificadas cinco “ferramentas” (“*tools*”) principais utilizadas, quais sejam: 1) a da “avaliação holística do processo”; 2) a da “compensação” e da “convalidação”; 3) a das circunstâncias em que o processo “nunca pode ser equitativo”; 4) a da análise de se uma prova foi “única” ou “decisiva” para o julgamento; 5) a da restrição de direitos em face do “interesse público”. Todas elas possuem, ou, em tese, deveriam possuir, alguma relevância para a aplicação extraterritorial do Artigo 6.º.

(art. 6-1) (see, *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Deweer judgment*, Series A no. 35, pp. 30-31, para. 56)” – Cfr. *Pakelli c. Alemanha* (q. n.º 8.398/78), 25/04/1983, § 42.

¹⁶¹ “As the requirements of paragraph 3 of Article 6 are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by paragraph 1, the Court will examine the applicant’s complaints successively under subparagraphs (c) and (e) of paragraph 3 without isolating that paragraph from the common core to which it belongs” – Cfr. *Daud c. Portugal* (q. n.º no. 22600/93), 21/04/1998, § 33.

¹⁶² “The guarantees contained in paragraph 3 (c) (art. 6-3-c) are constituent elements, amongst others, of the general notion of a fair trial in criminal proceedings stated in paragraph 1 (see notably the *Colozza judgment* of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 14, § 26). The Court, like the Commission, considers that the nature of the applicants’ complaints makes it appropriate to take paragraphs 1 and 3 (c) (art. 6-1, 6-3-c) together” – Cfr. *Monnell e Morris c. Reino Unido* (qs. n.ºs 9562/81 e 9818/82), 02/03/1987, § 53.

¹⁶³ “Elle rappelle par ailleurs que les exigences du paragraphe 3 de l’article 6 (art. 6-3) représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti au plan général par le paragraphe 1 (art. 6-1). C’est pourquoi elle estime approprié d’examiner le grief sous l’angle des deux textes combinés (art. 6-3+6-1)” – Cfr. *Foucher c. França* (q. n.º 22209/93), 18/03/1997, § 30.

¹⁶⁴ GOSS, op. cit., p. 115.

3.5.1) A avaliação holística do processo

A primeira e talvez mais controversa técnica de aferição utilizada pelo TEDH é a da “avaliação holística do processo”, ou da “equidade do processo como um todo”¹⁶⁵. Trata-se, com efeito, de uma ferramenta de uso recorrente, como se verá adiante, na qual o Tribunal afirma, genericamente, que “cabe às cortes nacionais apreciar as provas que lhes foram apresentadas”, ao passo que ao próprio Tribunal Europeu enquanto cabe “verificar se o processo, como um todo, foi equitativo”¹⁶⁶. Porém, como afirma GOSS, “o Tribunal Europeu nunca define ‘a equidade global do processo’”, e o seu uso tem pouca coerência sistémica¹⁶⁷. Para demonstrá-lo, o autor classifica diversos casos, pelo critério de modo de utilização da técnica, apontando as suas inconsistências internas.

Num primeiro tipo de análise, o Tribunal, na parte propriamente decisória da sua fundamentação, tende a confirmar a doutrina da avaliação holística, esboçando chegar a uma conclusão com base nessa doutrina; todavia, em sua parte substancial, a decisão do TEDH é baseada na análise separada de algum dos requisitos específicos do Artigo 6.º. Foi o que ocorreu, p. ex., em *Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha*: na ocasião, o Tribunal avaliou separadamente a alegação de denegação da presunção de inocência, para confirmar a garantia da “equidade do processo em geral”¹⁶⁸. De facto, como lembra GOSS, seria logicamente inviável, para o Tribunal, conseguir referendar a equidade do processo “como um todo”, sem refutar a alegação de infringência a uma garantia processual específica¹⁶⁹.

Num segundo género de análise, ocorre de o Tribunal reiterar, genericamente, a doutrina da avaliação holística, mas nem sequer ensaiar utilizá-la durante a fundamentação propriamente decisória, em que a corte se restringe a verificar a violação a um dos requisitos específicos do artigo 6.º. Como exemplo desse tipo uso do seu próprio instrumental, GOSS cita o caso *AM c. Itália*, em que o TEDH, inicialmente, reitera ser sua função limitar-se à “avaliação global do processo”, não analisar as provas coligidas no

¹⁶⁵ Como já apontado na nota n. 134, optamos por evitar traduzir “*proceedings as a whole*” de modo literal

¹⁶⁶ *Telfner c. Áustria*, cit., § 15

¹⁶⁷ GOSS, op. cit., p. 139.

¹⁶⁸ *Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha* – q. n.º 10.588/83, 13/06/1994, §§ 68, 90-91.

¹⁶⁹ GOSS, op. cit., p. 126.

processo, ou a admissibilidade delas¹⁷⁰; porém, ao decidir, valeu-se apenas da afirmação de que o direito de interrogar as testemunhas não havia sido garantido ao acusado¹⁷¹. Nesse caso, como afirma GOSS, o Tribunal, tacitamente, afirmou que o processo “como um todo” não foi equitativo, sem identificar as razões pelas quais não satisfaz essa exigência¹⁷².

Por fim, num terceiro uso dessa ferramenta, o TEDH dá a entender que aplicará a doutrina, mas, diante de circunstâncias específicas, afasta a avaliação da equidade do processo em geral, para restringir-se a averiguar a equidade de um procedimento decisório interno. Tal padrão de análise é próprio de casos em que o TEDH, como em *Jasper c. Reino Unido*¹⁷³, depara-se com o problema do sigilo das provas, optando por analisar apenas a equidade dos atos que levaram a essa decisão, daí inferindo a equidade global. Ao agir assim, fica patente que o TEDH consagra uma contraditória “análise holística parcial”, i.e., a análise global da equidade de apenas uma fase processual¹⁷⁴.

Para além dos diferentes modos de uso inexplicados da ferramenta, afirma GOSS que a ambiguidade da “avaliação holística” aumenta nos casos em que ela é aplicada conjuntamente à “interpretação aglomerada” do Artigo 6.º. Para ele, “a apreciação de uma violação precisa, baseada em factos específicos, torna-se impossível se se permanece leal a esses dois critérios, e o resultado é uma fundamentação opaca, desfocada, e pobremente explicada”¹⁷⁵. No caso *Bernard c. França*, p. ex., em que se discutia a garantia da presunção de inocência em face de pronunciamentos de dois médicos psiquiatras, o TEDH decidiu que o direito do artigo 6.º, § 2.º, estava inserido no do artigo 6.º, § 1.º, e que, para analisar a equidade do processo, seria necessária uma avaliação holística¹⁷⁶. Nesse caso,

¹⁷⁰ *AM c. Itália* (q. n.º 37.019/97), 14/12/1999, § 24.

¹⁷¹ *AM c. Itália*, cit., § 27-28.

¹⁷² GOSS, op. cit., pp. 130-131.

¹⁷³ *Jasper c. Reino Unido*, q. n.º 27.052/95, 16/02/2000, §§ 52-53, 58.

¹⁷⁴ GOSS, op. cit., pp. 133-136.

¹⁷⁵ GOSS, op. cit., p. 136.

¹⁷⁶ “The Court reiterates in the first place that ‘the presumption of innocence enshrined in paragraph 2 of Article 6 is one of the elements of the fair criminal trial that is required by paragraph 1’ (...). It will accordingly consider the applicant’s complaints from the standpoint of these two provisions taken together. In so doing, it must consider the criminal proceedings as a whole. It is admittedly not the Court’s task to substitute its own assessment of the facts and the evidence for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them. The Court’s task is to ascertain whether the proceedings considered as a whole, including the way in which the evidence was taken, were fair” – Cfr. *Bernard c. França*, q. n.º 22885/93, 23/04/1998, § 37.

como afirma GOSS, as ferramentas da “interpretação aglomerada” e da “análise holística”, em conjunto, “foram capazes de dissolver o problema do Artigo 6.º, § 2.º numa questão sobre a ‘equidade global do processo’”. Ora, não deixa de causar estranheza a exigência de que um requerente, que vise, p. ex., a comprovar uma violação da garantia da presunção de inocência, seja obrigado a “comprovar também a ‘falta de equidade’ dos procedimentos ‘como um todo’”¹⁷⁷.

3.5.2) A “compensação” e a “remediação”

Duas outras técnicas de uso inconsistente na aferição de violações do Artigo 6.º são apontadas por GOSS: a “compensação” e a “remediação”¹⁷⁸. Na primeira, “uma potencial violação é descrita como compensada por outros fatores no mesmo procedimento”¹⁷⁹; na segunda, “uma pretensa violação é identificada, mas é considerada ‘remediada’ por eventos posteriores (normalmente, uma apelação)”¹⁸⁰.

A primeira referência à técnica da compensação, segundo GOSS, se deu em *Kostovski c. Países Baixos*, no qual o TEDH reconheceu a violação ao Artigo 6.º devido ao uso de declarações de duas pessoas anônimas, não ouvidas em Juízo, para fundamentar a condenação¹⁸¹. O Tribunal afirmou que tal desvantagem para a defesa não foi “compensada” pelos procedimentos adotados posteriormente pelas autoridades judiciais¹⁸². Argumenta GOSS que o Tribunal, nesse caso, não explicou o que entendia por “compensação”, nem designou as condições necessárias para que as desvantagens da defesa fossem contrabalançadas ou compensadas¹⁸³. Já em *Doorson c. Países Baixos*, ao contrário, o TEDH julgou que houve suficiente “compensação” do uso de testemunhas anônimas, porque: a) as testemunhas foram ouvidas pelos juiz de instrução, o qual estava

¹⁷⁷ GOSS, op. cit., p. 137.

¹⁷⁸ Assim optamos por traduzir os termos “*counterbalancing*” e “*defect-curing*”, utilizados por GOSS.

¹⁷⁹ GOSS, op. cit., p. 139.

¹⁸⁰ GOSS, op. cit., pp. 139-140.

¹⁸¹ *Kostovski c. Países Baixos* (q. n.º 11.454/85), 20/11/1989,

¹⁸² “*In these circumstances it cannot be said that the handicaps under which the defence laboured were counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities*” – Cfr. *Kostovski c. Países Baixos* (q. n.º 11.454/85), 20/11/1989, § 43.

¹⁸³ GOSS, op. cit., p. 141.

ciente da identidade delas, distinguindo-se, nesse aspecto, do caso *Kostovski*¹⁸⁴; b) o anonimato foi devidamente justificado pelo interesse de segurança das pessoas ouvidas¹⁸⁵; c) as testemunhas reconhecerem o requerente por meio de fotografias¹⁸⁶. Ao final, o Tribunal concluiu que o procedimento adotado pelas autoridades nacionais foi “apto a habilitar a defesa a impugnar as provas testemunhais anônimas e a tentar pôr em dúvida a confiabilidade de suas declarações”¹⁸⁷. No caso, GOSS afirma que essa passagem dá a entender que “uma violação de uma garantia específica do Artigo 6.º pode ser compensada por uma versão diluída, porém similar, da mesma garantia do Artigo 6.º”. Todavia, não se explica como é possível medir “a relevância do interesse do requerente e das testemunhas em casos específicos ou gerais em face de uma garantia do Artigo 6.º”¹⁸⁸.

Apesar de parecer suficientemente clara, ressalta GOSS que o Tribunal Europeu decidiu em sentido oposto em outros casos, como em *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, no qual o TEDH entendeu que o interrogatório das testemunhas diante do Juiz de instrução não representou uma “substituição adequada para o direito de interrogar as testemunhas na sua presença”¹⁸⁹, razão pela qual “não se poderia dizer que as desvantagens nas quais a defesa atuou foram compensadas devidamente” pelas demais medidas adotadas pela Corte nacional¹⁹⁰. Nesse caso, “o Tribunal Europeu parece afirmar que apenas a conformidade com a garantia do Artigo 6.º seria capaz de ‘neutralizar’ a violação ao Artigo 6.º”¹⁹¹. Ora, argumenta GOSS, se já houve conformidade com a garantia, “nada há para neutralizar”¹⁹².

Além disso, demonstra GOSS que “nos casos em que o Tribunal Europeu reconhece que uma potencial violação foi neutralizada ou compensada, o cerne do

¹⁸⁴ *Doorson c. Países Baixos* (q. n.º 20524/92), 26/03/1996, § 73.

¹⁸⁵ *Doorson c. Países Baixos*, cit., § 74.

¹⁸⁶ *Doorson c. Países Baixos*, cit., § 75.

¹⁸⁷ *Doorson c. Países Baixos*, cit, ibidem.

¹⁸⁸ GOSS, op. cit., p. 141.

¹⁸⁹ “It is true (...) that the anonymous police officers were interrogated before an investigating judge, who had himself ascertained their identity and had, in a very detailed official report of his findings, stated his opinion on their reliability and credibility as well as their reasons for remaining anonymous. However these measures cannot be considered a proper substitute for the possibility of the defence to question the witnesses in their presence and make their own judgment as to their demeanour and reliability. It thus cannot be said that the handicaps under which the defence laboured were counterbalanced by the above procedures” – Cfr. *Van Mechelen e outros c. Países Baixos* (q. n.º 21363/93 et all), 23/04/1997, § 62.

¹⁹⁰ *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, cit., ibidem.

¹⁹¹ GOSS, op. cit., p. 144.

¹⁹² GOSS, op. cit., ibidem.

juízo normalmente consiste em simples realce de outros direitos aos quais o requerente já faz jus pelo artigo 6.º¹⁹³. Por exemplo, no caso *Grayson e Barnham c. Reino Unido*, em que os requerentes alegaram que lhes foi atribuído o ônus da prova quanto à legitimidade de suas posses, em ofensa ao princípio da presunção de inocência, o TEDH decidiu que não houve violação ao Artigo 6.º, porque os requerentes foram “legalmente representados”, tiveram um “juízo público”, com “oportunidade de juntar provas documentais e orais”¹⁹⁴. Em outras palavras, depreende-se da fundamentação da Corte que “porque um procedimento específico não violou o Artigo 6º em certos aspectos, a violação em outro aspecto torna-se menos provável ou menos grave”¹⁹⁵. Fundamentação semelhante está em *Jasper c. Reino Unido*¹⁹⁶ e *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*¹⁹⁷. Ao final, o autor conclui que o conceito de medidas compensatórias constitui “simples circunvolução, que só maquia o verdadeiro problema, o de saber se uma garantia foi ou não violada”¹⁹⁸, equivalendo a “uma versão levemente mais estruturada da jurisprudência da avaliação holística do processo”¹⁹⁹.

Já a jurisprudência da remediação, normalmente, “sustenta que ‘vícios’ podem ser ‘remediados’ por um recurso de apelação, em algumas ou todas as circunstâncias, e que potenciais infringências podem ser, portanto, resguardadas de se tornarem violações aos olhos do Tribunal”²⁰⁰. Todavia, não há consenso quanto aos requisitos que o TEDH considera necessários para que um recurso de apelação seja apto a remediar um vício. Em casos como *Weber c. Suíça*²⁰¹, p. ex., o TEDH dá a entender que basta a corte nacional

¹⁹³ GOSS, op. cit., ibidem.

¹⁹⁴ “Each applicant was represented by counsel of his choice. The burden was on the prosecution to establish that the applicant had held the assets in question during the relevant period. Although the court was required by law to assume that the assets derived from drug trafficking, this assumption could have been rebutted if the applicant had shown that he had acquired the property through legitimate means. (...) Each of the present applicants chose to give oral evidence relating to his realisable assets. (...) They were legally represented and had been informed, through the judges’ detailed rulings, exactly how the benefit figure had been calculated. Each applicant was given the opportunity to explain his financial situation and describe what had happened to the assets which the judge had taken into account in setting the benefit figure”- Cfr. *Grayson e Barnham c. Reino Unido* (q. n.º 19955/05), 4ª S., 23/09/2008, §§ 45-48.

¹⁹⁵ GOSS, op. cit., p. 147.

¹⁹⁶ Cfr. *Jasper c. Reino Unido* (q. n.º 27.052/95), 16/02/2000, § 52, 55-56.

¹⁹⁷ Cfr. *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, cit., §§ 145-146.

¹⁹⁸ GOSS, op. cit., p. 144.

¹⁹⁹ GOSS, op. cit., p. 147.

²⁰⁰ GOSS, op. cit., p. 152.

²⁰¹ “The applicant was consequently entitled in principle to a public hearing in the determination of the “criminal charge” against him. The President of the Criminal Cassation Division, however, did not hold a

revisora ser competente para conhecer de todas as matérias de factuais e jurídicas relevantes para a questão. Já em casos como *T c. Áustria*²⁰² e outros, o Tribunal sugere que é necessário o próprio procedimento recursal satisfazer aos requisitos do Artigo 6.º. Já em *Riepan c. Áustria*²⁰³ e *Kyprianou c. Chipre*²⁰⁴, o TEDH considera que o tribunal de apelação não apenas deve ser competente para revisar todas matérias, como também deve tê-lo efetivamente feito²⁰⁵. Em *Condrón c. Reino Unido*²⁰⁶, o TEDH entende que a corte revisora não apenas deve ter o largo poder de rever a matéria factual e jurídica, mas que essa revisão seja ao menos parcialmente direcionada a aferir o direito ao processo equitativo na primeira instância, exatamente como o faria o próprio Tribunal Europeu²⁰⁷.

*hearing at all but gave his decision after a summary investigation entirely in written form, as provided for in Article 185 of the Vaud Code of Criminal Procedure (...). The Criminal Cassation Division too dismissed the applicant's appeal without hearing argument, as it was empowered to do by Article 431 §§ 2 and 3 of the same Code (...). The fact that the proceedings in the Federal Court were public did not suffice to cure the two defects just noted. Having before it a public-law appeal, the Federal Court could only satisfy itself that there had been no arbitrariness and not determine all the disputed questions of fact and law (...). Furthermore, the Government did not claim that Mr Weber had waived his right to hearings; and the case did not come within any of the exceptions listed in the second sentence of Article 6 § 1 (art. 6-1)" – Cfr. *Weber c. Suíça* (q. n.º 11034/84), 22/05/1990, § 39.*

²⁰² "Like the Commission, the Court notes that the District Court, on 11 April 1994, ordered the applicant to supplement his legal aid request, but did not indicate that it suspected him of having committed the offence punishable under section 69 of the Code of Civil Procedure. Without having held a hearing, it found him guilty of this offence on 5 May 1994 and imposed a fine for abuse of process. Thus, the applicant only learned about the accusations levelled against him when the District Court's decision was served on him. Contrary to the Government's assertion, the applicant did appeal from this decision (...). However, the appeal was not capable of remedying the shortcomings of the first instance proceedings, because the Regional Court confirmed the District Court's decision on 28 February 1995 without a hearing and rejected the submissions made by the applicant in his defence as constituting new facts which were inadmissible on appeal" – Cfr. *T c. Áustria* (q. n.º 27783/95), 3ª S., 14/11/2000, § 71.

²⁰³ "However, an examination of the facts of the present case reveals that the review carried out by the Linz Court of Appeal did not have the requisite scope. It is true that the appellate court could review the case as regards questions of law and fact and could reassess the sentence. However, apart from questioning the applicant, the court did not take any evidence, and in particular did not rehear the witnesses. It is of little importance that the applicant did not request a rehearing of the witnesses. Firstly, the appellate court would, in accordance with the relevant procedural rules (...), have acceded to such a request only if it considered that the trial court's taking of evidence had been incomplete or defective. Secondly, it is for the courts to secure the accused's right to have evidence adduced at a public hearing" – Cfr. *Riepan c. Áustria* (q. n.º 35.115/97), 3ª S., 14/11/2000 (final: 14/02/2001), § 41.

²⁰⁴ *Kyprianou c. Chipre* (q. n.º 73797/01), 15/12/2005.

²⁰⁵ GOSS, op. cit., pp. 154-155.

²⁰⁶ "La Cour ne rejoint pas le Gouvernement, qui affirme que la procédure d'appel a assuré l'équité du procès des intéressés. Certes, l'instance d'appel peut corriger les déficiences du procès initial, eu égard à l'équité de la procédure dans sa globalité (...). Cependant, comme la Cour l'a dit précédemment, la Cour d'appel n'avait aucun moyen de vérifier si le silence des requérants avait ou non joué un rôle essentiel dans la décision du jury de les condamner. Elle a tenu compte du poids des éléments à charge. Elle n'était toutefois pas en mesure de vérifier correctement si le jury y avait vu une preuve concluante de leur culpabilité" – cfr. *Condrón c. Reino Unido* (q. n.º 35718/97), 3ª S., 02/05/2000 (final: 02/08/2000, § 63.

²⁰⁷ GOSS, op. cit., p. 156.

Conclui GOSS que, “embora tais posições não sejam totalmente irreconciliáveis, o Tribunal não as reconciliou, e há evidente insegurança a respeito do que é necessário, a seu ver, para que uma corte de apelação possa remediar algum vício específico”²⁰⁸.

3.5.3) As circunstâncias do processo “nunca equitativo”

Outro instrumental utilizado pelo TEDH é a seleção de hipóteses em que um processo “nunca pode ser equitativo”. Segundo GOSS, “numa longa fileira de casos, o Tribunal Europeu afirmou que a violação às garantias da independência e da imparcialidade significarão que o processo como um todo nunca pode ser equitativo”²⁰⁹. Em *Ergin c. Turquia*, p. ex., o TEDH asseverou que “um tribunal cuja falta de independência e imparcialidade já foi certificada não pode, em nenhuma hipótese, garantir um processo equitativo às pessoas sujeitas à sua jurisdição”, razão pela qual, uma vez reconhecido o problema, torna-se despidendo tratar de outras alegações de violação ao Artigo 6.º da Convenção²¹⁰

O problema dessa doutrina, para GOSS, é a falta de clareza sobre as razões pelas quais a violação aos direitos de independência e imparcialidade dos Tribunais é objeto desse tipo de análise, “enquanto infringência a outras garantias do Artigo 6.º são habitualmente capazes de ser ‘remediadas’ ou ‘compensadas’”²¹¹. Por que, pergunta-se o autor, outros tipos de irregularidades, como um processo sem a necessária publicidade, também não tornariam o processo automaticamente injusto?

3.5.4) A prova “*exclusiva ou decisiva*” para a condenação.

Outro teste utilizado pelo TEDH é o da prova “*exclusiva ou decisiva*” para a condenação. Com efeito, na análise do cumprimento do Artigo 6.º pelos Estados signatários, o Tribunal Europeu, frequentemente, depara-se com impugnações relativas à licitude das provas, seja quanto ao seu modo de obtenção, seja quanto ao seu modo de

²⁰⁸ GOSS, op. cit., ibidem.

²⁰⁹ GOSS, op. cit., p. 161.

²¹⁰ Cfr. *Ergin c. Turquia* (n.º 06, q. n.º 47533/99), 4ª S., 04/05/2006, §§ 55-56.

²¹¹ GOSS, op. cit., p. 162.

admissão no processo²¹². Por bastante tempo, o Tribunal Europeu vinculava a sua decisão à questão de saber se a condenação, no Estado membro, fundamentou-se de maneira “exclusiva ou decisiva” nas provas alegadamente ilícitas. Exemplos dessa jurisprudência vê-se no caso *Schenk c. Suíça*²¹³ e *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, sendo esse último um dos mais referenciados pelo Tribunal: “deve-se recordar que uma condenação não deve se basear exclusivamente, ou de forma decisiva em declarações anônimas”²¹⁴.

Segundo GOSS, embora seja uma das ferramentas mais utilizadas pelo TEDH desde então, o Tribunal, por bastante tempo, “pouco articulou o que entende por ‘exclusivamente ou de modo decisivo’, ou qual a fundamentação lógica para tal regra”²¹⁵. Segundo GOSS, a sua aplicação é ambígua, considerando, por exemplo, os casos em que se reconhece que a prova impugnada pode ter sido única ou decisiva, desde que particularmente forte e confiável²¹⁶, como em *Khan c. Reino Unido*²¹⁷ e *Allan c. Reino Unido*²¹⁸.

²¹² GOSS, op. cit., pp. 170-171.

²¹³ “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 (...). 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 (...). 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” - Cfr. *Schenk c. Suíça*, cit., § 48.

²¹⁴ *Mechelen e outros c. Países Baixos*, cit., § 55.

²¹⁵ GOSS, op. cit., p. 172.

²¹⁶ GOSS, op. cit., ibidem.

²¹⁷ “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’ (...) Moreover, this element was not the determining factor in the Court’s conclusion” – cfr. *Khan c. Reino Unido* (q. n.º 35.394/97), 3ª S., 12/05/2000 (final: 04/10/2000), § 37.

²¹⁸ “In that context, regard must also be had to whether the rights of the defence have been respected, in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use, as well as the opportunity of examining any relevant witnesses; whether the admissions made by the applicant during the conversations were made voluntarily, there being no entrapment and the applicant being under no inducement to make such admissions (...); and the quality of the evidence, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubts on its reliability or

Nesse ponto, divergimos de GOSS porque, da afirmação do TEDH, segundo a qual a não-exclusividade ou “decisividade” da prova (aleadamente ilícita) para a condenação implica na não-violação ao Artigo 6º, não decorre, necessariamente, que todos os casos de não-violação ao Artigo 6º sejam os de não-exclusividade ou “decisividade” da prova (aleadamente ilícita) para a condenação²¹⁹. Portanto, a contradição é meramente aparente. Cremos que o caso mais evidente de inconsistência na aplicação desse modelo, em verdade, está na análise da aplicação extraterritorial do Artigo 6.º e sua prospectiva violação nos pedidos de extradição, nomeadamente no caso *Othman c. Reino Unido* (secção 5.3).

3.5.5) Entre o “interesse público” e a “essência mesma” do Artigo 6º.

Como afirma BATTJES, embora o Artigo 6.º não contenha nenhuma cláusula limitadora, o TEDH tem justificado a sua limitação, desde que sirva “a um fim legítimo”, e seja “adequada a esse fim”²²⁰. Segundo GOSS, o Tribunal efetivamente opera tais relativizações, através de um juízo de juízos de proporcionalidade ou de ponderação, valendo-se do argumento da preservação do interesse público como motivo apto a justificar as restrições, desde que não firam a “essência mesma” do Artigo 6.^{o221}.

Com efeito, pode-se dizer que a jurisprudência tradicional do TEDH tendia a rejeitar o recurso ao interesse público como *tipos* legitimado das restrições aos direitos do Artigo 6.^{o222}. Por exemplo, em *Kostovski c. Países Baixos*, o Tribunal Europeu rejeitou o

accuracy (...). 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” – cfr. Allan c. Reino Unido, cit., § 43.

²¹⁹ Trata-se da falha da conversão ilícita, que, para JOSEPH, “está entre as mais prolíficas fontes de erro às quais está propensa a mente humana” (pg 152). Em seu livro, ela ensina que: “para evitar um processo ilícito na conversão, nenhum termo que foi não-distribuído na proposição original poderá ser distribuído na proposição convertida. Um processo ilícito é uma tentativa de obter mais de uma proposição do que nela há, usando um termo em sua extensão plena quando na proposição original o uso foi apenas em parte de sua extensão” (JOSEPH, Miriam. *O Trivium – As artes liberais da Lógica, Gramática e Retórica*. São Paulo: É Realizações, 2011).

²²⁰ É incerto, todavia, para o autor, como o Tribunal poderia aplicar tal abordagem ao Artigo 3º, por exemplo (BATTJES, Hemme. *European asylum law and international law*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p 586).

²²¹ GOSS, op. cit., ibidem.

²²² GOSS, op. cit., p. 178.

argumento do governo holandês, no sentido de que o interesse público de combater o crime organizado poderia justificar o uso excessivo de declarações anónimas, com a consequente a diminuição dos direitos processuais do arguido²²³. Decisões semelhantes se encontram em casos como *Funke c. França*²²⁴ e *Saïdi c. França*²²⁵.

Todavia, como demonstra GOSS, a jurisprudência posterior da Corte fragmentou-se em inúmeras decisões contrárias, nas quais o “interesse público” prevaleceu sobre a preservação das garantias do Artigo 6.º do arguido²²⁶. É o caso de *Janosevic c. Suécia*, no qual se discutia o alcance do direito à presunção de inocência nos casos de delitos tributários decorrentes da prestação de informações incorretas às autoridades fiscais. Em sua decisão, o Tribunal, expressamente, considerou a relevância do interesse público no recolhimento dos impostos para relativizar o direito a não-autoincriminação e, portanto, referendar o dever de colaborar com a verdade perante as autoridades fiscais²²⁷. No mesmo

²²³ “The Court does not underestimate the importance of the struggle against organised crime. Yet the Government’s line of argument, whilst not without force, is not decisive. Although the growth in organised crime doubtless demands the introduction of appropriate measures, the Government’s submissions appear to the Court to lay insufficient weight on what the applicant’s counsel described as ‘the interest of everybody in a civilised society in a controllable and fair judicial procedure’. The right to a fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society (...) that it cannot be sacrificed to expediency. The Convention does not preclude reliance, at the investigation stage of criminal proceedings, on sources such as anonymous informants. However, the subsequent use of anonymous statements as sufficient evidence to found a conviction, as in the present case, is a different matter. It involved limitations on the rights of the defence which were irreconcilable with the guarantees contained in Article 6 (art. 6). In fact, the Government accepted that the applicant’s conviction was based “to a decisive extent” on the anonymous statements.” *Kostovski c. Países Baixos* (q. n.º 11.454/85), 20/11/1989, § 44.

²²⁴ “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 (...) 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” – cfr. *Funke c. França* (q. n.º 10.828/84), 25/02/1993, § 44.

²²⁵ “La Cour ne méconnaît pas les indéniables difficultés de la lutte contre le trafic des stupéfiants - notamment en matière de recherche et d’administration des preuves -, non plus que les ravages provoqués par celui-ci dans la société, mais ils ne sauraient conduire à limiter à un tel point les droits de la défense de “tout accusé” – cfr. *Saïdi c. França* (q. n. 14.647/89), 20/09/1993, § 44.

²²⁶ GOSS, op. cit., p. 185.

²²⁷ “The Court also has regard to the financial interests of the State in tax matters, taxes being the State’s main source of income. A system of taxation principally based on information supplied by the taxpayer would not function properly without some form of sanction against the provision of incorrect or incomplete information, and the large number of tax returns that are processed annually coupled with the interest in ensuring a foreseeable and uniform application of such sanctions undoubtedly require that they be imposed according to standardised rules (...) In view of what has been stated above, in particular the fact that the relevant rules on tax surcharges provide certain means of defence based on subjective elements and that an efficient system of taxation is important to the State’s financial interests, the Court considers that the presumptions applied in Swedish law with regard to surcharges are confined within reasonable limits.

diapásão, o TEDH entendeu prevalecer o interesse público nos casos que envolvem testemunhas vulneráveis, nos quais o Tribunal “mostrou-se disposto a aceitar que o interesse das testemunhas em serem protegidas justifica restrições aos direitos do Artigo 6º do requerente”²²⁸. Foi o que ocorreu, v.g., em *SN c. Suécia*²²⁹. Outro exemplo de incoerência no *case-law* do TEDH foi o caso *Marcello Viola c. Itália*, em que o interesse de combater o “flagelo” da máfia foi razão suficiente para restringir certos direitos processuais do arguido, não consistindo violação, portanto, a sua participação na audiência por viodeoconferência²³⁰.

Outro uso frágil da ponderação são as “parcamente esclarecidas referências à ‘essência mesma’ dos direitos do Artigo 6.º”. Para essa linha jurisprudencial, “o interesse público pode ser utilizado para justificar algumas restrições ao Artigo 6.º, mas *não* para justificar restrições que vão tão longe a ponto de extinguir a ‘essência mesma’ do direito do Artigo 6.º em questão”²³¹. A primeira referência a essa técnica em arguições criminais se deu em *John Murray c. Reino Unido*, no qual o TEDH, ao fazer remissão ao caso *Funke c. França*, afirmou que os procedimentos ali utilizados para compelir o arguido a fornecer

Nevertheless, as the Supreme Administrative Court stated in a judgment delivered on 15 December 2000 (...), this conclusion in general “requires that the courts ... make a nuanced and not too restrictive assessment in each individual case as to whether there are grounds for setting aside or remitting the tax surcharge”. As has been mentioned above, however, except for the reference to the length of the proceedings, the applicant did not rely on the grounds for remission in the relevant tax assessment proceedings” -cfr. Janosevic c. Suécia (q. n.º 34619/97), 23/07/2002 (final: 21/05/2003), §§ 104-103.

²²⁸ GOSS, op. cit., p. 183.

²²⁹ “...the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence (...). In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours” – cfr. *SN c. Suécia* (q. n.º 34209/96), 02/07/2002 (final: 02/10/2002), § 47.

²³⁰ “En même temps, il convient d'observer que le requérant était accusé de graves délits liés aux activités de la mafia. La lutte contre ce fléau peut, dans certains cas, appeler l'adoption de mesures visant à protéger, avant tout, la sécurité et l'ordre publics, ainsi qu'à prévenir la commission d'autres infractions pénales (...). Dotée d'une structure hiérarchique rigide et de règles très strictes, d'un fort pouvoir d'intimidation fondé sur la règle du silence et la difficulté d'identifier ses adeptes, la mafia représente une sorte de contre-pouvoir criminel capable d'influencer directement ou indirectement la vie publique et d'infiltrer les institutions (...). Il n'est donc pas déraisonnable d'estimer que ses affiliés puissent, même par leur simple présence dans la salle d'audience, exercer des pressions indues sur les autres parties au procès, notamment sur les victimes et les témoins repentis(...) A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que la participation du requérant aux audiences d'appel par vidéoconférence poursuivait des buts légitimes à l'égard de la Convention, à savoir la défense de l'ordre public, la prévention du crime, la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sûreté des témoins et des victimes des infractions, ainsi que le respect de l'exigence du « délai raisonnable » de durée des procédures judiciaires. Il reste à vérifier si ses modalités de déroulement ont respecté les droits de la défense” -cfr. *Marcello Viola c. Itália* (q. n.º 45106/04), 3ª S., 05/10/2006 (final: 05/01/2007), § 71-72.

²³¹ GOSS, op. cit., p. 190.

provas da suposta prática do delito representavam “tal grau de coação” que “destruía a essência mesma da garantia contra a auto-incriminação”, em ofensa ao Artigo 6.º, o que não teria ocorrido no caso que se apreciava²³². Todavia, segundo GOSS, o TEDH “não definiu no que consistia a ‘essência mesma’ ou identificou as partes não-essenciais da garantia”²³³.

Apesar de sua vagueza, o mesmo *topos* foi utilizado em outros casos, tais como *Heaney e McGuinness c. Irlanda*²³⁴, em que os arguidos supostamente teriam participado de um atentado a bomba promovido pelo IRA em outubro de 1990. Nessa ocasião, foram encontrados numa casa próxima ao local do atentado, com vários indícios de participação no delito. Ao serem interrogados, não foram capazes de “dar satisfações sobre os seus movimentos”, ato tipificado como crime pela legislação da época²³⁵. Nesse caso, o TEDH entendeu que razões de “ordem pública” não podiam justificar medidas que extinguíam a “essência mesma” da garantia do silêncio e da não auto-incriminação²³⁶. Há também casos em que o TEDH implicitamente identifica a proporcionalidade ou a “justa ponderação” de uma restrição como decisiva para a questão de saber se uma restrição comprometeu a essência mesma de um direito. Ao tomar essa direção, “o Tribunal implicitamente reconhece que os fatores do interesse público, capazes de fazer parte de qualquer exercício de proporcionalidade ou ponderação, podem ser levados em conta ao determinar se uma restrição infringiu a essência mesma do direito”²³⁷.

²³² *John Murray c. Reino Unido* (q. n.º 18.731/91), G. S., 08/02/1996, § 49.

²³³ GOSS, op. cit., p. 191.

²³⁴ “The Court, accordingly, finds that the security and public order concerns relied on by the Government cannot justify a provision which extinguishes the very essence of the applicants' rights to silence and against self-incrimination guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention” – cfr. *Heaney e McGuinness c. Irlanda* (q. n.º 34720/97), 21/12/2000 (final: 21/03/2001), § 58.

²³⁵ *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, §§ 9-12.

²³⁶ “Accordingly, the Court finds that the “degree of compulsion” imposed on the applicants by the application of section 52 of the 1939 Act with a view to compelling them to provide information relating to charges against them under that Act in effect destroyed the very essence of their privilege against self-incrimination and their right to remain silent. (...) The Court, accordingly, finds that the security and public order concerns relied on by the Government cannot justify a provision which extinguishes the very essence of the applicants' rights to silence and against self-incrimination guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention” – cfr. *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, cit., § 55, 58.

²³⁷ GOSS, op. cit., p. 198.

Em *Omar c. França*²³⁸, por exemplo, o Tribunal entendeu que a exigência de que o arguido se entregasse à prisão a fim de que pudesse apelar era um “fardo desproporcional” ao direito de recurso²³⁹. Nesse caso, o TEDH “articulou uma análise de proporcionalidade como método pelo qual aferiu as violações ao Artigo 6.^º”²⁴⁰. Tal análise pode indicar que a lógica da “essência mesma”, em verdade, “não passa de circunlocução que poderia ser descartada em favor de um teste de proporcionalidade”, além de colidir com a jurisprudência anterior, que rejeitava a relativização de direitos com fundamento no “interesse público”²⁴¹. É lícito concluir, portanto, como como SAHINKAYA, que “as deficiências que podem anular ou destruir a ‘essência mesma’ do processo equitativo precisam ser melhor explicadas”²⁴².

²³⁸ “The Court reiterates that the right to a court, of which the right of access is one aspect (see the *Golder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, § 36), is not absolute; it may be subject to limitations permitted by implication, particularly regarding the conditions of admissibility of an appeal (see the *Ashingdane v. the United Kingdom* judgment of 28 May 1985, Series A no. 93, pp. 24–25, § 57). However, these limitations must not restrict exercise of the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. They must pursue a legitimate aim and there must be a reasonable proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved” – cfr. *Omar c. França* (q. n.º 24767/94), 29/07/1998, § 34.

²³⁹ “The Court can only note that, where an appeal on points of law is declared inadmissible solely because, as in the present case, the appellant has not surrendered to custody pursuant to the judicial decision challenged in the appeal, this ruling compels the appellant to subject himself in advance to the deprivation of liberty resulting from the impugned decision, although that decision cannot be considered final until the appeal has been decided or the time-limit for lodging an appeal has expired. This impairs the very essence of the right of appeal, by imposing a disproportionate burden on the appellant, thus upsetting the fair balance that must be struck between the legitimate concern to ensure that judicial decisions are enforced, on the one hand, and the right of access to the Court of Cassation and exercise of the rights of the defence on the other” – *Omar c. França*, cit., § 40.

²⁴⁰ GOSS, op. cit., p. 199.

²⁴¹ GOSS, op. cit., p. 201.

²⁴² SAHINKAYA, Yalçın. *Extraterritorial effect of right to a fair trial: how to test the flagrant denial of a fair trial in extradition cases under international human rights law?* In *Human Rights Review*, Volume III, n. 2, Dez/2013, p. 35.

4) O ARTIGO 6.º NOS PROCESSOS DE EXTRADIÇÃO: O TESTE EMPÍRICO-PROSPECTIVO

Descritos, portanto, os diversos métodos jurisprudenciais utilizados para verificar as violações ao Artigo 6.º em geral, e apontadas algumas de suas falhas sistêmicas, é mister adentrar naquele que é o objeto central dessa dissertação: a análise do teste consagrado pelo Tribunal para aferir violações ao direito a um processo justo e equitativo nas decisões de extradição. Com já dito anteriormente, as origens desse teste encontram-se em *Soering*, em que o Tribunal entendeu que ofensa ao Artigo 6.º poderia ocorrer “excepcionalmente” nos casos em que o fugitivo “sofreu ou corra o risco de sofrer uma flagrante denegação de justiça no país requisitante”²⁴³. Esse teste, que foi repetido em todos os casos posteriores relativos à matéria, parece conter, analiticamente, duas partes essenciais: a) a primeira, a mensuração objetiva de um risco, a qual é chamada aqui de “teste empírico”, por revolver matéria de ordem factual, embora de natureza prospectiva, ou seja, a projeção de um acontecimento hipotético futuro; b) a segunda, a valoração jurídica desse acontecimento hipotético futuro em perspectiva aos direitos do Artigo 6.º, a qual é chamada aqui de “teste normativo”. É mister advertir, contudo, que o teste utilizado pelo TEDH é de natureza una, empírico-normativa, considerando que os critérios de aferição do “risco real” são fixados normativamente (o que constitui, a propósito, o objeto de estudo do presente Capítulo), e a análise da “flagrante denegação” também envolve a elaboração de hipóteses de incidência fáticas. Portanto, tal divisão serve a uma finalidade meramente retórica, em que se realça, para fins expositivos, o aspecto preponderante de cada uma dessas fases.

Destarte, nesse Capítulo serão descritos os critérios (normativos) de aferição do “risco real”, ou seja, o teste empírico-prospectivo, assim chamado para diferenciá-lo dos casos em que a pessoa já sofreu a lesão ao direito (“*has suffered*”), não sendo logicamente necessária a comprovação de risco, mas sim da ocorrência dessa violação²⁴⁴. Para esse fim, serão utilizados tanto casos relativos ao Artigo 3.º quanto ao Artigo 6.º, visto que essa fase é uma característica comum a ambos os testes, e o próprio TEDH, em *Ahorugeze c. Suécia*, adotou o entendimento segundo o qual “ao executar esse teste [da flagrante denegação de justiça], (...) os mesmos parâmetros e ónus da prova devem ser aplicados como na análise

²⁴³ *Soering c. Reino Unido*, cit., § 113.

²⁴⁴ *Soering c. Reino Unido*, cit., § 113.

das extradições e expulsões no âmbito do Artigo 3.^o²⁴⁵. Portanto, embora o principal campo de estudo sejam aqueles precedentes em que se questione o risco de violação à equidade processual, também serão feitas referências aos casos de risco de tortura e maus tratos no Estado requisitante, a fim de melhor compreender como o Tribunal Europeu, em uns e outros casos, tende a aplicar o referido teste e reconhecer, ou afastar, a existência do indigitado risco.

4.1) A consolidação do teste do “risco real”

Como já apontado anteriormente, dentre as condições fixadas em *Soering* para a identificar a ausência de conformidade da extradição com a CEDH, está a existência de um risco real (“*real risk*”)²⁴⁶ de que o extraditando, após ser entregue ao Estado requisitante, venha a ser submetido à tortura ou a outro tratamento desumano ou degradante (ou à flagrante denegação de justiça). Nas palavras de CARDOSO, isso implica que, para que o Tribunal considere uma decisão de extraditar contrária aos direitos protegidos pela Convenção, “deve ficar convencido, através dos elementos probatórios à sua disposição, que os alegados maus tratos iriam de facto ter lugar após a remoção do indivíduo da área de proteção da CEDH”²⁴⁷. Para aferir esse segundo aspecto, o Estado requerido, ou próprio TEDH, deverão realizar um “juízo de probabilidade (...) de tais comportamentos virem a ter lugar”²⁴⁸, com base nos dados de realidade de que dispõe para esse juízo. O Tribunal Europeu, normalmente, ressalta a importância de que esse tipo de análise tenha por base materiais (informações) fornecidos por “fontes confiáveis e objetivas”, como as agências da ONU, as organizações não-governamentais renomadas ou outros Estados signatários²⁴⁹.

Por sua aparente razoabilidade, o teste do “risco real” teve, com efeito, suficiente repercussão para também ser adotado por outros Tribunais Internacionais. Como nota PLACHTA, a primeira vez que o CDH-ONU utilizou o teste (seguindo os trilhos, de certa

²⁴⁵ *Ahorugeze c. Suécia* (q. n.º 37.075), 5ª S., 27/10/2011, § 116

²⁴⁶ *Soering c. Reino Unido*, cit., § 113.

²⁴⁷ CARDOSO, op. cit, p. 299.

²⁴⁸ CARDOSO, op. cit, ibidem.

²⁴⁹ Cfr., p. ex., *F. G. c. Suécia* (q. n.º 43.611), G. S., 23/03/2016, § 117.

forma, da jurisprudência do TEDH)²⁵⁰, foi em *Ng c. Canadá*. Nesse caso, discutia-se a extradição de um cidadão britânico, nascido em Hong Kong, para os Estados Unidos, a fim de responder no Estado da Califórnia à acusação de diversos homicídios²⁵¹. O Comitê entendeu que o Canadá deveria interpretar a sua obrigação internacional de abolir a pena de morte de modo a que estava impedido de aplicá-la “em seu território diretamente (...) ou indiretamente, remetendo a um outro Estado um indivíduo que esteja sob o risco de ser executado ou vá ser executado”²⁵². É interessante notar que o CDH contrapôs o risco real (“*risque réel*”) ao risco teórico (“*risque théorique*”)²⁵³.

Por sua vez, o TPIR, em *Uwinkindi*, utilizou métodos similares ao Tribunal Europeu: avaliação do ordenamento jurídico, quanto ao nível de proteção dos direitos humanos no processo penal, em comparação com as práticas daquele país, e o grau de independência do Poder Judiciário), embora com menos rigor, em razão: a) da possibilidade de avocar novamente o julgamento²⁵⁴; b) das garantias ao TPIR fornecidas pela Lei de Transferência do Ruanda²⁵⁵; c) do monitoramento, requerido pelo TPIR, da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

4.2) Entre o “risco geral” e o “risco específico” (ou individual)

Uma doutrina normalmente adotada pelo TEDH é a da “análise cumulativa”. Em *Dzhakysybergenov c. Ucrânia*, o TEDH afastou a alegação de ofensa aos Artigos 3.º e 6.º no processo de extradição, sob o fundamento de que o requerente apenas se teria referido à “situação geral dos direitos humanos nos Cazaquistão”, sem fazer qualquer referência às suas circunstâncias individuais²⁵⁶. Tal interpretação também foi adotada em *F. G. c. Suécia*, em que o Tribunal afirmou que “a avaliação [do risco real] deve centrar-se nas consequências previsíveis da remoção do requerente para o país de destino, à luz da

²⁵⁰ PLACHTA, *Contemporary problems of extradition*, p. 66

²⁵¹ *Ng c. Canadá*, Comunicado n.º 469/91/CCPR/CDH-ONU, julg. 05/11/1993. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/415>.

²⁵² *Ng c. Canadá*, § 10.

²⁵³ *Ng c. Canadá*, p. 4.5.

²⁵⁴ *Procurador c. Jean Uwinkindi* (p. n.º TPIR-2001-75-R11bis), 22/06/2011, § 43.

²⁵⁵ *Procurador c. Jean Uwinkindi*, cit., § 48.

²⁵⁶ *Dzhakysybergenov c. Ucrânia* (q. n.º 12.343/10), 1.ª S., 10/02/2011 § 44-45.

situação geral existente e das suas circunstâncias pessoais”²⁵⁷. No mesmo sentido, em *Mamatkulov e Askarov c. Turquia*, o Tribunal afirmou²⁵⁸:

O Tribunal observou as observações dos representantes dos requerentes quanto às informações dos relatórios de organismos internacionais de direitos humanos que denunciam a prática administrativa de tortura e outras formas de maus-tratos aos dissidentes políticos, e a política repressiva do regime uzbeque sobre os seus dissidentes (...) No entanto, embora esses achados descrevam a situação geral no Uzbequistão, elas não apóiam as alegações específicas feitas pelos solicitantes no presente caso e exigem corroboração por outras evidências.

Portanto, para a doutrina da análise cumulativa, seria preciso comprovar, tanto as condições gerais de inobservância dos direitos humanos no Estado requisitante, quanto as circunstâncias individuais de risco concreto de violação a um direito ou liberdade fundamental da Convenção para o requisitante.

A jurisprudência do Tribunal, entretanto, é incoerente nesse ponto, e o melhor exemplo disso é *Saadi c. Itália*²⁵⁹. Nassim Saadi, nacional da Tunísia, ingressou no território italiano entre 1996/1999, vivendo em Milão. Teve permissão para ficar no país dada pela Polícia Italiana, com base em questões familiares. Foi preso em outubro de 2002 sob suspeita de envolvimento em conspiração para atividades terroristas, falsificação de documentos, receptação criminosa e a ajudar diversas pessoas a imigrar ilegalmente²⁶⁰. Foi condenado na pena de 4 anos e 6 meses de prisão, por crimes comuns, sem ligação com atividades terroristas²⁶¹. Em agosto de 2006, após o cumprimento da pena, foi iniciado o processo de deportação, consoante a sentença que o condenou, sendo recolhido ao Centro de Internamento de Estrangeiros (*centro di permanenza temporanea*)²⁶². Recorreu da decisão de deportação, requerendo o seu asilo, sob o fundamento de que havia sido condenado *in absentia* na Tunísia, por razões políticas, e tinha o temor de que viria a ser sujeito a tortura e a represálias²⁶³. A diplomacia italiana requereu garantias de não

²⁵⁷ *F. G. c. Suécia* (q. n.º 43.611), G. S., 23/03/2016, § 115. No mesmo sentido, *Chahal c. Reino Unido* (q. n.º 22.414/93), G.S., 15/11/1996, §§ 99-107.

²⁵⁸ *Mamatkulov e Askarov c. Turquia* (qs. n.º 46827/46951), 04/02/2005, §§ 72/73.

²⁵⁹ *Saadi c. Itália* (q. n.º 37.201), G. S., 27/02/2008.

²⁶⁰ *Saadi c. Itália*, cit., §§ 9-12.

²⁶¹ *Saadi c. Itália*, cit., § 14.

²⁶² *Saadi c. Itália*, cit., § 34.

²⁶³ *Saadi c. Itália*, cit., § 35.

aplicação da tortura²⁶⁴, ao que a Tunísia respondeu, genericamente, que era signatária dos tratados de direitos humanos aplicáveis²⁶⁵.

Para apreciar a existência de risco real no caso, o TEDH afirma inicialmente que deve examinar “as consequências previsíveis de enviar o requerente ao estado de recepção, tendo em mente a situação geral [do País] e as suas circunstâncias pessoais”²⁶⁶. Em seguida, leva em conta dados de organismos internacionais considerados confiáveis sobre a situação do respeito aos direitos humanos na Tunísia, nomeadamente relatórios da Amnistia Internacional, do *Human Rights Watch* na Tunísia, do Departamento de Estado americano e do Comité Internacional da Cruz Vermelha, a respeito da prática de tortura e maus-tratos a que suspeitos de terrorismo eram submetidos naquele país²⁶⁷. Ao final, sem tecer qualquer consideração sobre as circunstâncias individuais do requerente (senão o facto de que fora condenado na pena de 20 anos de prisão, na Tunísia, pela prática de actos terroristas²⁶⁸), entende que haviam sido apresentadas razões substanciais para crer que existia um “risco real de que o requerente seria sujeito a tratamento contrário ao Artigo 3.º”²⁶⁹.

Em *Saadi*, portanto, ficou evidente que os dados empíricos disponível para o TEDH sobre o estado geral dos direitos humanos na Tunísia foi suficiente para comprovar o risco real, nada obstante o requerente não ter apontado qualquer dado concreto sobre o seu risco individual. De modo semelhante, em *El Haski c. Bélgica*, o Tribunal afastou a conclusão, adotada pela autoridade judiciária de origem, de que a "citação em termos gerais" de relatórios de organismos de direitos humanos sobre o estado de protecção dos direitos fundamentais no Estado em questão era insuficiente. No caso, entendeu que os relatórios tratavam de situações e casos em contextos fáticos similares ao da pessoa supostamente torturada²⁷⁰. É curioso observar, entretanto, que nesse caso o Tribunal

²⁶⁴ *Saadi c. Itália*, cit., § 52.

²⁶⁵ *Saadi c. Itália*, cit., §§ 54-55.

²⁶⁶ *Saadi c. Itália*, cit., § 130.

²⁶⁷ *Saadi c. Itália*, cit., § 143.

²⁶⁸ *Saadi c. Itália*, cit., § 144.

²⁶⁹ *Saadi c. Itália*, cit., § 146.

²⁷⁰ *El Haski c. Bélgica* (q. n.º 649), 2ª S., 25/09/2012, § 97-98.

exerceu a análise de um “risco real” sui generis e retroativo (i. e, o “risco real” de que um testemunho ter sido obtido mediante violação ao Artigo 3.º da Convenção)²⁷¹.

Não fosse o bastante, o Tribunal Europeu parece ter desenhado uma terceira via, e isso se deu precisamente no caso *F. G. c. Suécia*. Ficou ali decidido que o risco real poderia ser comprovado, por si sós, tanto por meio de dados e informações (confiáveis) sobre o estado geral do país requisitante, como por dados sobre as condições particulares do requerente/extraditando, ou também pelo conjunto das duas provas, como se pode observar (destaques acrescentados):

Se a existência de tal risco [real] for confirmada, a remoção do requerente violaria necessariamente o artigo 3.º, *independentemente de o risco se originar de uma situação geral de violência, uma característica pessoal do requerente ou uma combinação dos dois*. No entanto, é claro que nem todas as situações de violência em geral levam a tal risco. Pelo contrário, o Tribunal deixou claro que uma situação geral de violência seria apenas de intensidade suficiente para criar um tal risco “nos casos mais extremos”, em que havia um risco real de maus-tratos simplesmente em virtude de um indivíduo ser exposto a tal violência, quando retornasse (...)²⁷².

Com a devida vênia, a hipótese tratada em *Saadi*, embora muito bem documentada, não parece configurar um caso dos “mais extremos”, nem uma “situação geral de violência”, apenas de casos recorrentes que, de acordo com o teste adotado em *F. G.*, não dispensaria a verificação da existência de um risco real.

Apesar da falta de coerência sistémica na jurisprudência do TEDH, o modelo “cumulativo” de *Mamatkulov e Askarov* parece ter tido, entretanto, maior propagação nos tribunais. Em *Aranyosi e Caldáru*, p. ex., o TJUE, ao adaptar o modelo ao mecanismo do MDE (cf. secção 6.1), implicou a comprovação do risco real à análise das circunstâncias gerais do Estado de emissão e concretas da pessoa requisitada (destaques acrescentados)²⁷³:

(...) a autoridade judiciária de execução deve, antes de mais, basear-se em elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados *quanto às condições de detenção que prevalecem no Estado-Membro de emissão* e que demonstram a realidade das deficiências, quer sejam sistémicas ou generalizadas, quer afetem determinados grupos de pessoas ou ainda determinados centros de detenção. (...) a autoridade judiciária de execução, que é

²⁷¹ *El Haski c. Bélgica*, cit., ibidem.

²⁷² *F. G. c. Suécia* (q. n.º 43.611), G. S., 23/03/2016, § 116.

²⁷³ TJUE - *Aranyosi e Caldáru*, § 89 e 94.

confrontada com elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados que atestem a existência dessas deficiências, deve verificar se, *nas circunstâncias do caso em apreço*, existem motivos sérios e comprovados para considerar que, no seguimento da sua entrega ao Estado-Membro de emissão, *essa pessoa correrá um risco real* de ser sujeita, nesse Estado-Membro, a um trato desumano ou degradante, na aceção deste artigo.

Mais recentemente, o CDH-ONU utilizou o teste em *S. c. Suécia*, entendendo que, embora a comprovação da existência de um estado geral de violações de direitos humanos em determinado país seja utilizável, deve-se considerar o risco real de que essas violações venham a ocorrer nas circunstâncias concretas do extraditando²⁷⁴. Todavia, ressalta o Comité que, em sentido inverso, “a falta de dados consistentes de flagrante violações dos direitos humanos não significa que uma pessoa não poderá ser submetida à tortura em suas circunstâncias específicas”²⁷⁵, o que dá margem, também, à interpretação segundo a qual, embora faltem dados a respeito das condições gerais no país requisitante (ou seja, mesmo que se trate de um país que tenha reconhecida tradição de respeito aos direitos humanos), eventualmente, podem ocorrer riscos concretos que devem ser avaliados. Trata-se, com efeito, de uma abordagem ainda não familiar ao TEDH.

4.3) O ónus da prova

Relativamente à possibilidade de recusa da execução do MDE por flagrante denegação e justiça, é opinião do Advogado-Geral TANCHEV que “se deve exigir à pessoa em causa que prove que há motivos sérios e comprovados para crer que há um risco real de sofrer uma denegação de justiça flagrante no Estado-Membro de emissão”²⁷⁶. Segundo a sua interpretação da jurisprudência do TEDH, se o requerente tiver produzido a prova, caberá ao Estado “dissipar qualquer dúvida a este respeito”²⁷⁷

A AG Eleanor SHARPSTON, no Proc. 396/11 (TJUE), ao debruçar-se sobre a questão da denegação do direito ao processo justo e equitativo no âmbito do MDE (ver

²⁷⁴ Cfr. *S. c. Suécia*, CDH-ONU, Comunicado n.º 691/2015, 06/11/2018, § 9.3

²⁷⁵ *S. c. Suécia*, cit., § 9.3 *in fine*.

²⁷⁶ TJUE – Conclusões do Advogado-Geral EVGENI TANCHEV no Processo C-216/18, apresentadas em 28/06/2018, § 115.

²⁷⁷ *Idem*, § 115.

subsecção 5.6), opinou no sentido de que a transposição da exigência do afastamento de qualquer dúvida razoável, adequada “na determinação do ónus a impor aos serviços do Ministério Público nos processos penais”, não possui “papel a desempenhar” nos casos de entrega de pessoas, visto que impõe um ónus à pessoa requisitada que pode ser “impossível na prática de satisfazer”²⁷⁸.

Consta do Manual do TEDH que “é dever do requerente aduzir evidências capazes de provar que há razões substanciais para acreditar que, se removido do Estado Contratante, ele iria ser exposto ao risco real de ser sujeito à flagrante denegação da justiça”²⁷⁹. Com efeito, em casos como *Yefimova c. Rússia*, o Tribunal tem rejeitado a queixa sob o fundamento de que não estar “persuadido de que a requerente (...) tenha aduzido provas capazes de provar a existência de um risco real de flagrante denegação de justiça”²⁸⁰. Todavia, em *J. K. e outros c. Suécia*, o Tribunal adotou uma estranha concepção (destaques acrescentados)²⁸¹:

Relativamente à apreciação dos elementos de prova, foi estabelecido na jurisprudência do Tribunal que “a existência do risco deve ser apreciada principalmente com base nos factos conhecidos ou que deviam ter sido conhecidos pelo Estado Contratante ao tempo da expulsão” (...). *O Estado Contratante tem, portanto, a obrigação de levar em conta não apenas as provas apresentadas pelo requerente, mas também todos os outros factos relevantes no caso examinado.*

Que outros factos relevantes seriam esses? Seriam factos, portanto, diferentes daqueles apontados pelo requerente? Se a autoridade judiciária nacional tem o dever de analisar o risco com base nos factos que “deveriam conhecer”, embora não alegados, também o TEDH não estaria vinculado a esse tipo de prova, cuja ignorância não é invencível? Não fosse o bastante, o Tribunal acresceu mais um fator de complexidade à matéria em *Saadi c. Itália*²⁸²:

A fim de determinar se existem razões substanciais para crer que existe um risco real de tratamento incompatível com o artigo 3.º, o Tribunal [Europeu] tomará como base todo o

²⁷⁸ Conclusões da AG Eleanor SHARPSTON no Proc. C-396/11 (18/10/2012) § 84.

²⁷⁹ TEDH. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Atualizado em 31/12/2018. Disponível: www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf, p. 91.

²⁸⁰ *Yefimova c. Rússia* (q. n.º 39.786/09), 1ª S., 19/02/2013 (final: 08/07/2013).

²⁸¹ *J. K. e outros c. Suécia* (q. n.º 59.166), G. S., 23/08/2016, § 87.

²⁸² *Idem*, § 128.

material colocado à sua disposição ou, se necessário, material obtido *motu proprio* (...). Em casos como este, o exame do Tribunal sobre a existência de um risco real deve necessariamente ser rigoroso.

Ora, então as provas quanto ao risco real devem ser produzidas pelo requerente, ou deve o TEDH, diante da mera *possibilidade* de risco real, buscar provas (ou “materiais”) *motu próprio*? E, se apenas em algumas circunstâncias o Tribunal deve obter, por conta própria, os dados empíricos, que circunstâncias seriam essas? Embora nenhuma explicação é dada em *Saadi*, em *J. K. e outros c. Suécia* o Tribunal parece justificar a possibilidade de obtenção de material *motu proprio* no facto de que precisa, carácter absoluto dos direitos do Artigo 3.º, estar “convencido de que a análise feita pelos Estados Contratantes é adequada e suficientemente embasada” em informações confiáveis²⁸³. Se este for o caso, está refutada a tese adotada em *Ahorugeze c. Suécia*, segundo a qual, “ao executar esse teste [da flagrante denegação de justiça], o Tribunal entende que os mesmos parâmetros e ónus da prova devem ser aplicados como na análise das extradições e expulsões no âmbito do Artigo 3.º”²⁸⁴.

4.4) O tempo da análise do risco real

A primeira vez em que o Tribunal Europeu parece ter se deparado com a questão do tempo de análise do “risco real” foi em *Chahal c. Reino Unido*. Discutia-se, na altura, a extradição de um cidadão indiano, requerida pela Índia em 1992, no auge de um conflito na região do Punjab, conflito esse, contudo, que arrefeceu até ao momento da apreciação da queixa pelo TEDH. Era relevante, portanto, definir em que momento deveria ser aferido o risco: se na altura do julgamento pelo Tribunal Europeu, ou na altura da requerimento do asilo. Nesse caso, o Tribunal parece ter adotado um critério anfibio²⁸⁵:

(...) porque a responsabilidade do Estado, nos termos do Artigo 3 da Convenção (...), nos casos de expulsão, está no ato de expor um indivíduo a um risco real de maus-tratos, a data relevante para a avaliação do risco foi a época da deportação proposta (...) Como ele ainda não foi deportado, o ponto relevante no tempo deve ser o da consideração do caso pelo

²⁸³ *J. K. e outros c. Suécia*, cit., § 90.

²⁸⁴ *Ahorugeze c. Suécia* (q. n.º 37.075), 5ª S., 27/10/2011, § 116.

²⁸⁵ *Chahal c. Reino Unido* (q. n.º 22.414/93), G.S., 15/11/1996, § 85/86.

Tribunal. Segue-se que, embora a posição histórica seja de interesse, na medida em que pode lançar luz sobre a situação atual e sua provável evolução, são as condições presentes que são decisivas.

Por sua vez, em *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, o Tribunal afirmou²⁸⁶:

A existência do risco de flagrante violação ao artigo 6.º deve ser apreciada, a princípio, com base nos factos conhecidos ou que deviam ser conhecidos pelo Estado contratante no momento da expulsão, *embora o Tribunal não esteja impedido de ter em conta as informações que venham à luz posteriormente.*

Já em *F. G. c. Suécia*, o Tribunal decidiu que “a existência do risco deve ser avaliada principalmente com referência àqueles factos que eram conhecidos, ou deveriam ser conhecidos pelo Estado Contratante no momento da expulsão”²⁸⁷. Todavia, se for o caso de o requerente ainda não ter sido deportado, o TEDH decidiu em que se deve levar em conta “o momento da análise do caso pelo Tribunal [Europeu]”, visto ser necessário uma avaliação completa, levando em conta “informações que vieram à luz depois que a decisão final dos Tribunais nacionais foi tomada”. Importa lembrar que não se trata, absolutamente, de uma abordagem exclusiva ao Artigo 3.º, visto que o Tribunal decidiu da mesma maneira relativamente ao Artigo 6.º, em *Mamatkulov e Askarov c. Turquia*²⁸⁸.

Estranhamente, em *Saadi*, o Tribunal dá a entender que as provas posteriormente obtidas é que são relevantes: “embora seja verdade que os factos históricos são de interesse, na medida em que elucidam a situação atual e o modo como ela pode se desenvolver, as circunstâncias atuais são decisivas”²⁸⁹. O entendimento parece contraditório: por um lado, entende-se que são relevantes os dados que estavam à disposição no momento do julgamento do pedido pela autoridade judiciária nacional; por outro, afirma-se que as provas posteriormente obtidas são aceitáveis; por fim, admite-se que as provas posteriormente obtidas é que são as mais relevantes.

²⁸⁶ *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido* (q. n.º 61498), 4ª S., 02/03/2010, § 149.

²⁸⁷ *F. G. c. Suécia* (q. n.º 43.611), G. S., 23/03/2016, § 115.

²⁸⁸ *Mamatkulov e Askarov c. Turquia* (qs. n.º 46827/46951), 04/02/2005, § 90: “assim como o risco de tratamento proscrito pelo Artigo 2.º e /ou Artigo 3.º, o risco de flagrante denegação de justiça no país de destino deve ser apreciado, primariamente, em referência aos fatos que o Estado Contratante sabia ou deveria saber quando extraditou a pessoa em questão (...) o risco de flagrante denegação de justiça também deve ser apreciado à luz da informação disponível ao Tribunal quando analisa o caso”.

²⁸⁹ *Saadi c. Itália* (q. n.º 37.201), TEDH, GS, 27/02/2008, § 133 *in fine*.

Pode-se, em verdade, dizer que o TEDH intenta afirmar, embora não de modo preciso e claro, que o juízo quanto à possibilidade de extradição deve ser independente da análise da responsabilidade (pecuniária) do Estado contratante. Trata-se, sem dúvida, de uma interpretação razoável, mas que não se pode extrair literalmente dos precedentes citados. Apesar do seu conteúdo impreciso, contudo, o modelo *Chahal* é um dos recursos retóricos mais recorrentes do TEDH, na análise da existência de risco real.

4.5) O risco real como juízo de ponderação

Vê-se, portanto, que o uso do teste empírico pelo Tribunal, em verdade, até hoje não conseguiu explicar com exatidão como se comprova o “risco real”. Além disso, há incoerência sistêmica tanto quanto: a) aos critérios de generalidade do risco (se do estado geral do país requerente, de um grupo específico do qual o extraditando faz parte, ou individual/concreto); b) ao ônus probatório (se do requerente, do Tribunal ou da autoridade judiciária de origem); e c) ao tempo de aferição do risco e da responsabilidade do Estado signatário (se o momento do julgamento pela autoridade judiciária de origem ou do TEDH). A falta de clareza nesses critérios, tem por consequência lógica a pouca aptidão desses precedentes para garantir a segurança jurídica.

Sugerimos que tais inconsistências decorrem do facto de que, como descortina BATTJES, a natureza do teste, muitas vezes, transmuta-se para um método de ponderação: por um lado, a certeza absoluta de maus-tratos não é necessária; por outro, a mera possibilidade de violação não é suficiente²⁹⁰. O juízo do Tribunal está, discricionariamente, entre uma coisa e outra. Por outro lado, há sempre o risco de o juízo de ponderação velado ser aquele “entre o interesse do requerente de não ser exposto a um tratamento degradante e o interesse coletivo de controlar a imigração”²⁹¹. Trata-se de posições que, questionáveis ou não, poderiam ser adotadas pela Corte; mas, se for o caso, a preservação da segurança jurídica exigiria que o TEDH o fizesse expressamente, a fim de que as cortes nacionais e

²⁹⁰ BATTJES, Hemme. *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*. European Journal of Migration and Law, v. 11, n. 3, 2009, p. 211.

²⁹¹ BATTJES, op. cit., ibidem.

os jurisdicionados tivessem parâmetros claros para aferir o nível de proteção dos direitos da Convenção nos Estados signatários.

5) O TESTE NORMATIVO DA “FLAGRANTE DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA”

O presente capítulo adentra no conceito-chave do teste de violação do Artigo 6.º pelo TEDH no âmbito da extradição: o da “flagrante denegação de justiça”. Inicialmente, ensaia-se demonstrar que o próprio conceito é repleto de ambiguidade e incerteza, em parte pela natureza axiológica da palavra “justiça”, em parte pela incerteza do que constitui uma qualificação de “flagrante”, em parte pela dificuldade de se predicar um termo ao outro. Tal incerteza conceitual, reconhecida por muitos estudiosos da matéria, soma-se às dúvidas quanto à pouco explicada “relatividade” dos direitos individuais no processo penal, bem como à sua submissão a um juízo de ponderação, sem que haja certeza sobre os referentes utilizados para limitar esses direitos. Em seguida, busca-se demonstrar a pouca integração do teste normativo com as outras ferramentas utilizadas pelo Tribunal Europeu na aferição de violações do Artigo 6.º em geral.

5.1) O impreciso conteúdo normativo da “flagrante denegação da justiça”

Consoante já exposto anteriormente (cfr. subsecção 2.2), após o caso *Soering*, passou a prevalecer o entendimento de que os processos de extradição deveriam levar em conta os direitos humanos, inclusive o direito a um processo justo e equitativo, “até mesmo entre os países que são parte da Convenção Europeia dos direitos do Homem”²⁹². Relativamente ao teste da “flagrante denegação de justiça”, referente ao Artigo 6.º, a dificuldade que se apresentou de imediato, foi a questão de saber de que modo estimar, na prática, o que seria um limite mínimo a partir do qual uma violação seria “flagrante”²⁹³ – isso porque, como explica HARTMANN (e já observado no Capítulo 3.º), os direitos processuais não têm a mesma nota de evidência de outros direitos, tais como o da proibição

²⁹² “However, the idea seems to gain ground that, even between such states, the extradition process should take into account human rights such as the prohibition of torture and cruel or unusual treatment or punishment, the fair trial rights of the accused, etc” (FIJNAUT, Cyrille; GOETHALS, Johan; PETERS, Tony; WALGRAVE, Lode. *Changes in society, crime and criminal justice in Europe*. Antuérpia: Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, pg. 156).

²⁹³ Foi também WYNGAERT a primeira reconhecer o problema: “in practice, the problem that will probably arise is that of the threshold (...). Concerning Article 6, the European court refers to flagrant denials of fair-trial rights” (WYNGAERT, op. cit., pg. 771).

da tortura ou do tratamento desumano ou degradante, do Artigo 3.º da Convenção²⁹⁴. De facto, como afirma MACKAREL, a jurisprudência do TEDH e parte das legislações nacionais (a exemplo da Lei de Extração britânica de 2003) preverem a necessidade de proteção do arguido contra “óbvias violações” dos direitos fundamentais, tais violações nem sempre são tão óbvias o quanto parecem, levando a inúmeras dúvidas casuísticas²⁹⁵.

Daí porque, como afirmaram os juízes BRATZA, BONELLO e HEDIGAN, em seu voto parcialmente divergente em *Mamatkulov e Askarov c. Turquia*, “o que constitui uma ‘flagrante’ denegação de justiça ainda não foi perfeitamente explicado na jurisprudência do Tribunal”; nada obstante tal conceito, para esses juízes, “claramente desejar estabelecer um teste restrito de inequidade, para além de meras irregularidades ou falta de salvaguardas nos procedimentos judiciais, tais como poderiam resultar numa violação ao Artigo 6º se ocorressem dentro do próprio Estado Contratante”²⁹⁶. Também é a opinião da AG Eleanor SHARPSTON que o critério da denegação *flagrante* é um conceito “demasiado impreciso”²⁹⁷. Além disso, para ela, ainda que o critério pudesse ser “claramente compreendido”, seria demasiadamente rígido, porquanto exigiria que “todos os aspectos do processo fossem não equitativos”²⁹⁸.

O TEDH, posteriormente a *Soering*, ensaiou apresentar alguma definição para o termo, o que aconteceu originalmente em *Drozd e Janousek c. França e Espanha*. Nesse caso, o Tribunal foi levado a analisar uma questão *sui generis*: a execução, pela França e Espanha, de uma condenação prolapada em Andorra, quando esta ainda não fazia parte do Conselho da Europa. J. Drozd e P. Janousek, respectivamente, cidadãos da Espanha e da Tchecoslováquia, condenados pela prática de roubo em Andorra-a-Velha na pena de

²⁹⁴ “(...) The mere complexity of the right to a fair trial may also provide some explanation: it is arguably far more complicated to assess whether a person's right to a fair trial has been, or will be, violated compared, for instance, with the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment. In the latter situation, it has ‘only’ to be assessed whether there is a real risk of mistreatment and whether such treatment exceeds the limits of Article 3” (HARTMANN, Jacques, op. cit, pg. 47).

²⁹⁵Cfr. MACKAREL, Mark. *The European Arrest Warrant - The early years: implementing and using the Warrant*; in ALBRECHT, Hans-Jörg; KLIP, André (Ed.). *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: A Collection in Honour of Prof. Em. Dr. Hc Cyrille Fijnaut*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pg. 625.

²⁹⁶ *Mamatkulov e Askarov c. Turquia* (qs. n.º 46827/46951), 04/02/2005.

²⁹⁷ Para ela, o conceito não poderia ser transposto para a jurisprudência do TJUE relativamente ao MDE por ser “demasiado impreciso para ser interpretado de forma coerente em toda a União” Conclusões da AG Eleanor SHARPSTON no Proc. C-396/11 (18/10/2012) § 82. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CC0396&from=HU>.

²⁹⁸ *Idem*, § 83.

quatorze anos de prisão²⁹⁹. Foram julgados pelo *Tribunal de Corts* de Andorra em 1986, sendo proferido julgamento no mesmo dia, em língua catalã. Após o julgamento, os arguidos se utilizaram do único recurso disponível, um pedido de reconsideração ao mesmo Tribunal, o qual foi julgado improcedente. Não foram notificados, nem a sua defesa, da criação posterior, em 1990, de um novo recurso processual ao *Tribunal Superior de Corts*³⁰⁰. Escolheram cumprir a sua pena na França, sujeitando-se, portanto, às leis de execução francesas³⁰¹. Ao ser levada a queixa ao TEDH, a Corte entendeu, a princípio, que o Artigo 6º da Convenção não se aplicava aos tribunais de Andorra, porque: a) o principado, devido a sua constituição *sui generis*, não fazia parte do Conselho da Europa e, portanto, não se aplicava ao seu território³⁰²; b) apesar de atuarem no tribunal juízes tanto da França como da Espanha, países signatários da convenção, tais magistrados não agiam como autoridades desses países, mas sim do principado³⁰³. É curioso notar que o TEDH, nesse caso, evidenciou o juízo de ponderação entre o interessado de cooperar e o *non-inquiry*, de um lado, e a proteção dos direitos da Convenção, de outro³⁰⁴:

(...) como a Convenção não exige que as Partes Contratantes imponham suas normas a Estados ou territórios terceiros, a França não estava obrigada a verificar se os procedimentos que culminaram com a condenação eram compatíveis com todas as exigências do Artigo 6 (...). Requerer tal revisão do modo pelo qual um tribunal não vinculado à Convenção aplicou os princípios consagrados no Artigo 6 (...) também frustraria a tendência actual de fortalecer a cooperação internacional na administração da justiça (...). Os Estados contratantes são, contudo, obrigados a recusar a sua cooperação se se verificar que a condenação é o resultado de uma flagrante denegação de justiça.

Tal redação deixa evidente, portanto, que o TEDH pressupõe a existência de um juízo de ponderação ou, ao menos, reconhece a existência de uma tensão entre o interesse de extraditar e os direitos humanos.

Interessa-nos, entretanto, observar a definição ofertada pelo Tribunal de *Drozd e Janousek* ao teste de “flagrante denegação de justiça” de *Soering*. Com efeito, o TEDH oferece uma conceituação com pouca – ou nenhuma – clareza e densidade normativa, ao

²⁹⁹ *Drozd e Janousek c. França e Espanha* (q. n.º 12.747), Plenário, 26/06/1992.

³⁰⁰ *Idem*, §§ 16-20.

³⁰¹ *Idem*, § 57.

³⁰² *Idem*, § 89.

³⁰³ *Idem*, § 96.

³⁰⁴ *Idem*, § 110.

definir a “flagrante denegação de justiça” como um julgamento “manifestamente contrário às disposições do Artigo 6.º (...) ou aos princípios nele incorporados”³⁰⁵. Ora, quais seriam os princípios incorporados pelo Artigo 6.º? Que tipo de característica é necessária para que um ato seja qualificado como “manifestamente contrário” a tais princípios? O Tribunal, definitivamente, não oferece respostas claras. Todavia, tal conceito é reproduzido todos os precedentes posteriores do Tribunal sobre a matéria³⁰⁶, assim como no Manual do TEDH sobre o Artigo 6.^{o307}.

De todo modo, parece claro que o TEDH quis implicar uma maior restrição ao teste aplicável à extradição do que nas violações do Artigo 6.º em geral. Como afirma HEIJER, embora o princípio da proteção efetiva se aplique “a todos os direitos e liberdades definidas na Secção I da Convenção”, o TEDH mostra-se “relutante a estender a proteção da Convenção a pessoas que temem ser sujeitas a um tratamento vedado por outras disposições que não a do Artigo 3º no Estado de recepção”³⁰⁸. Com efeito, inúmeras vezes o TEDH realça o caráter “excepcional” da possível violação ao Artigo 6.º por uma decisão de extradição ou expulsão³⁰⁹.

Há desde início, todavia, algum consenso de que a exigência de “denegação flagrante”, como afirma HARTMANN, indicava um patamar razoavelmente alto (“*high threshold*”), próprio para a análise da conformidade da extradição aos “assim chamados direitos relativos” (sobre a questão da “relatividade” dos direitos do Artigo 6.º, cfr. subsecção seguinte)³¹⁰. Isso se dá porque, como lembra CARDOSO, já em *Soering* o TEDH demonstrara uma preocupação de distinguir o conteúdo mesmo da garantia do direito ao processo equitativo – ou seja, “as dimensões que fazem parte do seu núcleo protegido e reconhecido pela grande maioria dos sistemas legais” – daquilo que constitui,

³⁰⁵ Idem, § 110 *in fine*.

³⁰⁶ *Stoichkov c. Bulgária*, cit., § 11; *Yefimova c. Rússia*, cit., § 219; *Al Nashiri c. Polónia* (q. n.º 28.761/11), 4.ª S. (a), 24/07/2014 (final: 16/02/2015), § 562; *Sejdovic c. Itália* (q. n.º 56581), G.S., 01/03/2006, § 84; *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit., § 259; *Ahorugeze c. Suécia*, cit., § 114, dentre inúmeros outros.

³⁰⁷ TEDH. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Atualizado em 31/12/2018. Disponível: www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf, p. 90.

³⁰⁸ HEIJER, Maarten den. *Whose rights and which rights? the continuing story of non-refoulement under the European convention on human rights*. European journal of migration and law, v. 10, n. 3, pp. 277-314, 2008, p. 292.

³⁰⁹ Cfr. *Soering c. Reino Unido*, § 113; *Yefimova c. Rússia* (q. n.º 39.786/09), 1ª S., 19/02/2013 (final: 08/07/2013), § 218; *Mamatkulov e Askarov*, cit., § 90-91; *Al-Moayad c. Alemanha*, cit., § 110; entre outros.

³¹⁰ HARTMANN, Jacques. Idem, pg. 47.

unicamente, “um conceito europeu de um processo equitativo”³¹¹, e que, portanto, não poderiam ser exigidos num processo de extradição. A única certeza que o método confere, portanto, é o de não há qualquer certeza sobre quais é o “nível” de profundidade de uma violação potencial suficiente para servir de barreira à extradição.

Maior incerteza surge diante da defesa de alguns autores, como WINGAERT, p. ex., de que esse “patamar” deve ser menos exigente quando o estado requerente não for signatário da CEDH, porquanto, após a entrega, o arguido estaria fora da zona de proteção da Convenção, ainda que se mantivesse, nesses casos, o princípio de que “apenas flagrantes violações deveriam impedir a extradição”³¹². Classificam-se, desse modo, dois critérios de “flagrante denegação”: o que pode ser considerado flagrante quando o Estado requerente for signatário, e o que pode ser considerado flagrante quanto o requerente for um Estado terceiro. Ora, mas se há incerteza quanto ao que constitui uma flagrante denegação em geral, não seria ainda mais incerto fazer exsurgir uma “flagrante denegação específica”? Com efeito, é fator de insegurança impor que, embora haja dúvidas quanto ao nível de exigência para que se observe uma *flagrante negação*, o Estado requerido deva certificar-se de algum modo, ainda nas palavras de HARTMANN, de que “os procedimentos no país estrangeiro preencheram as garantias do Artigo 6.”³¹³.

Há, todavia, ainda outros elementos complicadores. O primeiro deles remete-se à questão dos direitos implícitos. Seriam os direitos *implícitos* aptos a sofrerem uma violação *flagrante*? Em *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, p. ex., o TEDH afirmou que o direito à não-autoincriminação e ao silêncio, embora não mencionados expressamente no Artigo 6.º, constituem “parâmetros internacionalmente reconhecidos que jazem no âmago da noção de um processo equitativo, nos termos do Artigo 6.”³¹⁴. Ora, se tal direito implícito está no “âmago” do direito a um processo equitativo, também devem ser levados em conta na análise da extradição?

³¹¹ CARDOSO, Raquel Preciosa Tomás. *Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas*. UC/FDUC: Dissertação realizada no âmbito do Mestrado Científico, Coimbra, 2013, p. 54.

³¹² WYNGAERT, Christine von den. Op. Cit., pg. 771.

³¹³ HARTMANN, Jacques. *The European Convention on Human Rights and Extradition*, in *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice*. KAIKOBAD, Kaiyan, BOHLANDER, Michael (orgs.). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pg. 46.

³¹⁴ *Heaney e McGuinness c. Irlanda* (q. n.º 34720/97), 21/12/2000 (final: 21/03/2001), § 40. Ressalte-se, não obstante não previsto na CEDH, o direito a não-autoincriminação consta do Artigo 14, 3, g, do PIDCP.

Outro fator de complexidade, já mencionado no Capítulo 3.º, refere-se ao papel que o próprio TEDH se atribui na análise do Artigo 6.º. Segundo VAZ e BOTELHO, “o direito a um processo equitativo tem sido interpretado no sentido de que ao Tribunal de Estrasburgo apenas competirá monitorizar a sua correta vigência de um ponto de vista procedimental, não devendo entrar em considerações substantivas”. Todavia, o facto é que “alguma jurisprudência recente do TEDH tem admitido a violação do artigo 6.º com base numa decisão de um tribunal nacional cujo julgamento do mérito da causa tenha sido manifestamente arbitrária”³¹⁵. Ora, analogamente, devem os tribunais nacionais analisar, apenas, os aspectos procedimentais no teste da “flagrante violação”, ou se deve valorar, também, a possível arbitrariedade da decisão a ser tomada no processo penal? Tais inconsistências conceituais, definitivamente, levam a uma diminuição da segurança jurídica no espaço da Convenção. Não é à toa que PLACHTA considera o resultado final de um pedido de extradição, em que a violação ao Artigo 6.º seja potencial, como “altamente incerto”³¹⁶. Seria necessário crer, como BATTJES, que o teste da flagrante denegação não passa de “uma elegante conjectura do Tribunal sobre como [a denegação] se realizaria”³¹⁷.

5.2) A "relatividade" do direito ao processo equitativo e o uso da ponderação

Uma pergunta inevitável a um conceito de “alto patamar” de exigência para o reconhecimento de uma violação no Artigo 6.º num processo de extradição é: por que se exige apenas o “risco real” de violação para alguns direitos, e para outros se faz necessária a prova da denegação “flagrante”³¹⁸? Uma possível resposta se poderia encontrar na afirmação de BATTJES, segundo a qual o teste, que é aplicado pelo TEDH não apenas ao

³¹⁵ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos. *Algumas reflexões sobre o Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*. In Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 3, n.º 2, p. 231-242, abr/2016, p. 236.

³¹⁶ PLACHTA, Michael. *Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare*. 114th International Training Course Visiting Experts' papers, Resource Material Series no. 57, pp. 64/86. Disponível em: www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf. Acesso: abril de 2019, p. 67.

³¹⁷ BATTJES, Hemme. *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*. European Journal of Migration and Law, v. 11, n. 3, 2009, 208/209.

³¹⁸ BATTJES, Hemme. *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*. European Journal of Migration and Law, v. 11, n. 3, 2009, p. 209.

Artigo 6.º, mas também a outros dispositivos da Convenção, não é exigido aos Artigos 2.º e 3.º, em razão da sua natureza “absoluta” desses últimos³¹⁹.

Com efeito, o TEDH, inúmeras vezes, ressalta o caráter absoluto da proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes, nos termos do Artigo 3º da CEDH, muitas vezes em contraposição (tácita) aos direitos do Artigo 6.º.³²⁰ Segundo CARDOSO, é em razão do caráter absoluto do direito do Artigo 3.º que a jurisprudência do TEDH impõe que “o Estado extraditante não colabora na imposição de um tratamento que possa ser considerando (...) tortura, cruel, degradante ou desumano”³²¹. Como relata HEIJER, parte dos autores, ao interpretar *Soering*, chegaram a defender que “alguns direitos e liberdades consagrados na Convenção são aptos a proibir o *refoulement*, enquanto outros não”³²² – entendimento em que estaria pressuposta a hierarquia de direitos na CEDH, de modo que apenas os mais superiores poderiam representar valores fundamentais com relevância para as decisões de expulsão. Três critérios foram utilizados por doutrinadores para distinguir tais direitos: a) a sua não derogabilidade e a irreparabilidade da ofensa³²³; 2) a sua natureza *jus cogens*; b) a leitura sistemática da Convenção³²⁴.

Todavia, por que os direitos a um processo justo e equitativo admite relativização? Tal entendimento não seria contraditório àquilo KOLB identificara como um perigo “difuso e escondido, mas não menos tangível” de o Tribunal Europeu privilegiar o

³¹⁹ BATTJES, Hemme. *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*. European Journal of Migration and Law, v. 11, n. 3, 2009, p. 206.

³²⁰ Cfr. *Saadi c. Itália*, cit., § 127; J. K. e outros c. Suécia (q. n.º 59.166), G. S., 23/08/2016, § 90; *El Haski c. Bélgica* (q. n.º 649), 2ª S., 25/09/2012, § 85. Em *Labita c. Itália* (q. n.º 26772/95), G. S., 06/04/2000, § 119, afirmou o Tribunal: “(...) até mesmo nas circunstâncias mais difíceis, como na luta contra o terrorismo e o crime organizado, a Convenção proíbe, em termos absolutos, a tortura e as penas e tratamentos desumanos ou degradantes”

³²¹ CARDOSO, Raquel Preciosa Tomás. Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas. UC/FDUC: Dissertação realizada no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, 2013, p. 29.

³²² HEIJER, Maarten den. *Whose rights and which rights? the continuing story of non-refoulement under the European convention on human rights*. European journal of migration and law, v. 10, n. 3, pp. 277-314, 2008, p. 295.

³²³ O próprio Tribunal, em *Soering*, ressalta que “o artigo 3º não prevê exceções nem derrogações”, bem como a natureza “irreparável” do dano causado (HEIJER, op. cit., ps. 295 e 300). A irreparabilidade da ofensa ao Artigo 3º foi ressaltada em outros precedentes da Corte (cfr. BATTJES, Hemme. *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*. European Journal of Migration and Law, v. 11, n. 3, 2009, 212).

³²⁴ HEIJER, op. cit., p. 295.

lado dos direitos e liberdades individuais, por se tratar de “um tribunal especializado”³²⁵, em detrimento dos interesses dos Estados?

A noção de que os direitos processuais são relativos, entretanto, não é pacífica, e para tanto, podemos observar o panorama do direito internacional. Nos Comentários Gerais n.º 32, p. ex., o CDH-ONU, afirmou que, embora o Artigo 14.º do PIDCP não esteja incluído na lista dos direitos não-derrogáveis do Artigo 4º, § 2, do Pacto, “desviar-se dos princípios fundamentais de um processo equitativo, incluindo a presunção e inocência, é proibido em quaisquer as circunstâncias”³²⁶. Já STAVROS defendia a inderrogabilidade de algumas “garantias procedimentais” do direito ao processo equitativo mesmo em situações de emergência³²⁷, dentre elas algumas posteriormente citadas pelo TEDH em *Othman* (v.g., o direito a um tribunal imparcial e independente e a proibição do julgamento *in absentia*)³²⁸. HAFETZ, por sua vez, defende que a proteção do direito a um processo justo e equitativo, no âmbito da legislação internacional de direitos humanos foi desenhada, após a Segunda Guerra, a fim de “proteger os indivíduos contra medidas coercivas da autoridade estadual”³²⁹. Nada obstante, para ele, o alcance dos direitos processuais é universal, e se devem aplicar a quaisquer arguidos, inclusive aos próprios agentes do Estado, “acusados dos crimes mais hediondos”, independentemente do procedimento a ser adotado, sendo esse o principal legado do julgamento de Nuremberga³³⁰.

Melhor compreensão talvez tenha DEMBOUR, ao afirmar que, apesar do esforço dos “teóricos da ortodoxia dos direitos humanos” de classificar determinados direitos como absolutos, o facto que é o juízo de ponderação entre “o interesse individual e o da

³²⁵ KOLB, Robert. *The jurisprudence of the European Court of Human Rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998*, in Human Rights Law Journal, v. 21, n. 9-12, 2000, p. 373. Segundo o autor, “qualquer pessoa ou órgão permanentemente dedicado a apenas um aspecto da realidade desenvolve uma relação e ligação particular com essa matéria” (*ibidem*).

³²⁶ ONU (Comité de Direitos Humanos). *Comentários Gerais n.º 32*, 23/08/2007. Disponível https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=en. Acesso: mai/2019, n.º I.

³²⁷ STAVROS, Stephanos. *The right to a fair trial in emergency situations*. International & Comparative Law Quarterly, v. 41, n. 2, 1992, p. 343.

³²⁸ STAVROS, op. cit. pp. 354/355.

³²⁹ HAFETZ, Jonathan. *Punishing Atrocities Through a Fair Trial: International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism*. Cambridge University Press, 2018, p. 20.

³³⁰ HAFETZ, op. cit., *ibidem*.

comunidade” indica uma abordagem casuística utilitarista do TEDH³³¹. De facto, em diversas decisões o TEDH, deixa transparecer, a partir de sua doutrina da “relatividade” do direito a um processo justo e equitativo, um juízo de ponderação (como demonstrado na subsecção 3.5.5), ainda que para preservar os direitos individuais, como *Al-Moyad c. Alemanha*, p. ex., no qual se discutia a extradição de um religioso iémen para os Estados Unidos (onde estaria sujeito às controversas práticas de interrogatório norte-americanas e ao julgamento pelos tribunais militares), e o Tribunal afirmou que o direito ao *fair trial*, por desempenhar “uma função de tal relevo nas sociedades democráticas”, não poderia ser superado “legítimo objetivo de proteger a sociedade como um todo do terrorismo internacional”³³².

Com razão, HEIJER aponta que o uso de ponderação, nos processos de extradição, entre os interesses estaduais e os direitos individuais, que descarta a existência de hierarquias de normas, é fruto de “um método indefinido”, o qual, por um lado, “oferece flexibilidade”, faltando-lhe, porém, valor explicativo (ou clareza)³³³. Afinal, qual critério pode ser utilizado para a sua aplicação válida? Um exemplo seria o da reparabilidade do dano, o qual, defende, HEIJER, é de grande utilidade na avaliação do grau da ofensa para fins de extradição, visto poder distinguir os direitos humanos relevantes, sem submetê-los a uma lista fechada³³⁴. Todavia, essa visão, definitivamente, leva a abordagem utilitarista à máxima consequência. Afinal, quando um dano ao Artigo 6.º seria absolutamente irreparável? Talvez uma das únicas hipóteses seriam os casos em que a extradição puder ter por consequência “a imposição da pena perpétua ou a execução”³³⁵ – o que não chegou sequer a ser suscitado em *Othman*, p. ex. (ver subsecção seguinte).

Com efeito, a ponderação pode ter efeitos questionáveis. Exemplifica HEIJES: se uma violação flagrante dos direitos fundamentais no estado requisitante “pode sobrepujar o interesse relativamente menos importante do Estado de expulsar um único requerente de asilo”; também se deve admitir, pelo mesmo critério de ponderação, que os interesses estaduais de maior relevância também possam superar os individuais, independentemente

³³¹ DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Who believes in human rights?: reflections on the European Convention*. Cambridge University Press, 2006, p. 102.

³³² TEDH, *Al-Moayad contra Alemanha* (2007), par. 100.

³³³ HEIJER, op. cit., pg. 304.

³³⁴ HEIJER, op. cit., p. 300/301.

³³⁵ HEIJER, op. cit., p. 301.

da existência de uma flagrante violação³³⁶. Em suas últimas consequências, como lembra DEMBOUR, o utilitarismo radical pode levar à conclusão de que “não há proibições absolutas, nem mesmo em relação à imposição da tortura” o que se opõe à visão tradicional do Tribunal Europeu sobre a matéria³³⁷.

O facto, entretanto, é que o Tribunal, ao tomar como premissa a relatividade (tácita) do Artigo 6.º, pressupõe a necessidade de um juízo de ponderação cujos excessos só podem ser tolhidos pelo recurso à ferramenta, também pouco clara, da proteção da “essência mesma” (cfr. subsecção 5.5). Ora, admitindo-se que, na maior parte das vezes, o juízo sobre a violação do Artigo 6.º consiste num ato de ponderação (cfr. subsecção 3.5.5), o juízo sobre o risco real constitui um juízo de ponderação (cfr. secção 4.5) e o próprio teste da “flagrante denegação de justiça” também, não seria lícito concluir que o teste do “risco real de uma flagrante denegação de justiça” constitui, em si mesmo, uma ponderação em terceiro grau, com baixo nível de previsibilidade jurídica?

5.4) Tentativa de solução no caso *Othman (Abu Qatada)*

O caso *Othman* possui especial relevância no presente estudo³³⁸. Com efeito, tratou-se da primeira vez, mais de vinte anos depois do acórdão *Soering*, que o TEDH entendeu “que uma extradição ou expulsão efetivamente violaria o art. 6.º”³³⁹. Em resumo, Omar Othman (Abu Qatada), cidadão jordaniano, nascido em Belém em 1960, ingressou no Reino Unido em setembro de 1993, quando requereu o direito de asilo, sob o fundamento de ter sofrido tortura pelas autoridades jordanianas, em março de 1988 e nos anos de 1990/1991, sendo detido em seguida e posto em prisão domiciliar em duas

³³⁶ HEIJER, op. cit., p. 304.

³³⁷ Cfr. *Saadi c. Itália*, cit., § 139: "O tribunal entende que o argumento baseado na ponderação entre o risco de dano, se a pessoa for devolvida, contra a perigosidade que ele ou ela representa para a comunidade, se não devolvida, é mal concebida. Os conceitos de 'risco' e 'perigosidade', nesse contexto, não se deixam pôr num só teste de ponderação, porque são noções que apenas podem ser apreciadas independentemente uma da outra. Ou há provas produzidas para o Tribunal que revelam a existência de risco substancial de uma pessoa ser devolvida, ou não há".

³³⁸ *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido* (q. n.º 8139), 4ª S., 17/02/2012.

³³⁹ TEDH. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Atualizado em 31/12/2018. Disponível: www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf, p. 91. De acordo com o Manual, supostamente, isso seria uma indicação “de que a ‘flagrante denegação de justiça’ é uma tal de caráter restritivo” (*idem*).

ocasiões posteriores. Foi considerado refugiado em 1994, recebendo o direito de permanência em 1998³⁴⁰.

Durante seu período de exílio, foi julgado à revelia na Jordânia, por conspiração para a prática de atos terroristas, a qual teria resultado em ataques, com explosivos, à *American School* e ao *Jerusalem Hotel* em Amã, em 1998, razão pela qual foi condenado na pena de prisão perpétua com trabalhos forçados³⁴¹. No outono de 2000, foi novamente julgado *in absentia* em seu país de origem, por ter participado da chamada “conspiração do milênio”, que resultou em explosões em Israel ocidental. Supostamente, seu envolvimento seria através do induzimento moral e auxílio dinheiro. Foi condenado a 15 anos de reclusão e trabalhos forçados³⁴².

Em 2002, o requerente foi preso pelas autoridades britânicas em nos termos do *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001. Depois da revogação da referida Lei em março de 2005, o requerente foi posto em liberdade mediante fiança. Em agosto de 2005, foi notificado pelo Secretário de Estado da decisão de deportá-lo³⁴³.

O requerente alegou que a sua expulsão representaria ofensa ao Artigo 3.º da Convenção, devido ao risco real de que viesse a sofrer tratamento degradante na Jordânia. Também alegou que o risco real de flagrante denegação de justiça, e conseqüente violação do Artigo 6º, porquanto houve que o depoimento do coarguido Al Hamasher, que o implicou nos factos delituosos, teria sido obtido por meio de tortura pelo Serviço Geral de Inteligência jordaniano³⁴⁴.

A fim de promover a deportação ao Reino da Jordânia sem infringir as suas obrigações internacionais relativas aos direitos humanos, a diplomacia inglesa e o governo da Jordânia celebraram um acordo bilateral em 2005 (*memorandum of understanding – MOU*) a fim de obter garantias de tratamento condigno aos arguidos e de não aplicação da pena capital, além de prever a fiscalização de uma entidade imparcial, observadora dos

³⁴⁰ *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit., § 7.

³⁴¹ *Idem*, §§ 9 e 10.

³⁴² *Idem*, §§ 18-20.

³⁴³ *Idem*, § 8.

³⁴⁴ Assim o atestava médicos, familiares e advogados dos arguidos (cfr. *Idem*, §§ 13-14).

direitos humanos, responsável por fiscalizar o tratamento dos arguidos. Após a celebração desse acordo, o requerente foi notificado de sua extradição³⁴⁵.

Ao analisar o mérito, o TEDH entendeu, inicialmente, não haver risco real de ofensa ao Artigo 3.º porque, apesar de haver inúmeras evidências de que a tortura continuava a ser praticada nas prisões jordanianas de forma “disseminada e rotineira”, nas palavras do Comité das Nações Unidas contra a Tortura, sendo perpetrada pelo serviço de inteligência da Jordânia de forma “sistemática e impune”, conforme inúmeros observatórios internacionais³⁴⁶, o MOU, celebrado pelos dois países, teria demonstrado um “esforço genuíno” das autoridades britânicas para prover garantias detalhadas e transparentes de tratamento condigno ao arguido, sobretudo através de suas regras de monitoramento³⁴⁷.

O Tribunal, contudo, deu acolhimento à alegação de infringência do Artigo 6.º, em razão de os dados existentes corroborarem a possibilidade de os testemunhos de Al Hamasher terem sido obtidos sob tortura³⁴⁸. A decisão é inovadora sob vários aspectos, não apenas o do mérito da decisão. Com efeito, o Tribunal de *Othman* parece ter inovado também na metodologia da sua fundamentação, ao elaborar, com base na sua jurisprudência anterior, um rol de circunstâncias hipotéticas em que a “flagrante denegação de justiça” estaria presente³⁴⁹. Por economia, reproduz-se o resumo elaborado pelo advogado-geral TANCHEV da decisão do TEDH em *Othman*³⁵⁰:

Segundo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, podem assim constituir denegação de justiça flagrante que impede a extradição ou a expulsão do interessado: uma condenação in absentia (à revelia) sem a possibilidade de obter uma reapreciação de mérito da acusação; um processo de natureza sumária e que correu termos com total desprezo dos direitos da defesa; uma detenção cuja regularidade não pode ser fiscalizada por um tribunal independente e imparcial; uma recusa deliberada e sistemática de permitir a uma pessoa, em especial a uma pessoa detida num país estrangeiro, comunicar com um advogado. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem atribui também importância ao facto de um civil dever comparecer perante

³⁴⁵ *Idem*, §§ 21-25.

³⁴⁶ *Idem*, § 191.

³⁴⁷ *Idem*, §§ 195-207.

³⁴⁸ *Idem*, § 267.

³⁴⁹ *Idem*, § 259.

³⁵⁰ Conclusões do AG Evgeni TANCHEV no Proc. C-216/18 PPU, 28/06/2018, § 82.

um tribunal composto, pelo menos em parte, por militares, os quais dependem do poder executivo.

A decisão, consoante MICHAELSEN, “previsivelmente levou a inúmeros deputados conservadores na *House of Commons* exigirem do governo a saída da CEDH”³⁵¹, gerando grave polêmica no Reino Unido, em razão dos altos custos para os cofres britânicos, que somaram 1,7 milhão de libras esterlinas, incluindo 647.658 libras para assistência judiciária³⁵², além de 200 mil libras para manutenção da ajuda humanitária durante o julgamento na Jordânia³⁵³. O julgamento implicou em diversas críticas por parte do governo britânico, daquilo que Theresa May chamou de “louca interpretação da legislação sobre direitos humanos”. De facto, inúmeras foram as ameaças de retirada da assinatura do Reino Unido da CEDH³⁵⁴.

Não parece mera coincidência que, logo após o caso *Othman*, a Declaração de Brighton tenha sido lançada, dando “boas-vindas” ao desenvolvimento, pela jurisprudência do TEDH, dos princípios da subsidiariedade da margem de apreciação, “encorajando-o” a dar-lhes maior proeminência e aplicá-los “consistentemente”³⁵⁵.

Nesse ponto, entretanto, encontramos uma das falhas mais evidentes da jurisprudência da flagrante denegação, e ela está precisamente no caso *Othman*. Como já explicado, a causa que levou o Tribunal Europeu a entender que a extradição seria contrária ao Artigo 6.º da Convenção seria o uso de prova testemunhal supostamente obtida sob tortura. Sobre o uso dessa prova, o Tribunal afirmou³⁵⁶:

³⁵¹ MICHAELSEN Christopher. *The renaissance of non-refoulement? The Othman (Abu Qatada) decision of the European Court of Human Rights*. International & Comparative Law Quarterly, v. 61, n. 3, p. 750-765, 2012.

³⁵² “In a letter to MPs, Theresa May said the total was £1,716,306, including £647,658 on legal aid for Abu Qatada. The Home Office had spent £938,630 fighting the case in UK courts and another £130,018 at the European Court of Human Rights, she said” (BBC News, versão eletrônica, 14/06/2013. Disponível em www.bbc.com/news/uk-22909465).

³⁵³ “Britain has spent almost £200,000 protecting the welfare of the hate preacher Abu Qatada since he was deported to Jordan in 2013”(MORGAN-BENTLEY, Paul in The Times, versão eletrônica, 04/01/2019, Disponível em: www.thetimes.co.uk/article/200-000-spent-on-protecting-hate-preacher-abu-qatada-human-rights-hqlxrltzj. Acesso: 19/03/2019).

³⁵⁴ TRAVES, Alan in The Guardian, versão eletrônica, 08/07/2013. Disponível em: www.theguardian.com/world/2013/jul/08/theresa-may-human-rights-abu-qatada. Acesso: 19/03/2019).

³⁵⁵ TEDH. *Declaração de Brighton*. Conferência de Alto Nível sobre o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, abr/2012. Disponível em: www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, p. 12 (a).

³⁵⁶ *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido* (q. n.º 8.139), 4ª S., 17/02/2012.

O SIAC concluiu que havia uma grande probabilidade de que as provas de Abu Hawsher e Al-Hamasher que incriminavam o requerente seriam admitidas no novo julgamento e que esta prova *seria de importância considerável, talvez decisiva, contra ele* (ver parágrafo 45 acima). O Tribunal concorda com estas conclusões.

Percebe-se que, nesse caso, o Tribunal está utilizado numa uma “análise restrita” ou um patamar elevado de exigência (“*high threshold*”) do que faz nos casos de violação do Artigo 6.º pelos Estados signatários. Com efeito, o TEDH, em *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, e demais casos em que tal precedente é citado (como visto na subsecção 3.5.4), definiu um critério de avaliação da prova ilícita, que consiste na questão de saber se tais provas foram exclusivas ou decisivas para a condenação³⁵⁷: se não forem, não há que se falar em violação ao Artigo 6.º. Portanto, para manter a coerência com a doutrina da análise restrita e do patamar mais elevado de exigência, o TEDH, no mínimo, deveria também exigir que a prova alegadamente ilícita fosse “exclusiva ou decisiva”; em *Othman*, todavia, exigiu apenas que ela fosse de “importância considerável”, ou “talvez” decisiva.

Outra falha diz respeito à múltipla utilização do conceito de “risco real”. É digna de nota a afirmação do TEDH de que “o requerente demonstrou que existe o risco real de que Abu Hawsher and Al-Hamasher tenha sido torturado até fornecer provas contra ele”³⁵⁸, concluindo a partir disso a existência de um risco real de denegação de justiça se um novo julgamento fosse realizado na Jordânia³⁵⁹. Ora, é patente que o TEDH retomou a tese do “risco real retroativo” utilizada em *El Haski c. Bélgica*³⁶⁰ (ver secção 4.2), sem, entretanto, utilizar-se das aspas, como fizera naquele caso. Ao adotar esse princípio, chega-se à existência de um “risco real” de segundo grau, i.e.: o risco real retroativo (de as provas serem obtidas mediante tortura) do risco real prospectivo (de as provas virem a ser úteis ou definitivas). Esquece-se, talvez, que a multiplicação de potências de expoente negativo gera um expoente ainda mais negativo.

Retomando a análise do risco real prospectivo, em *Al Nashiri c. Polônia*, o TEDH faz questão de ressaltar que “uma grande parte das provas importantes ou decisivas contra [o requerente]” estava “necessariamente fundamentada em afirmações auto-incriminatórias

³⁵⁷ *Mechelen e outros c. Países Baixos*, cit., § 55.

³⁵⁸ *Idem*, § 282 *in fine*.

³⁵⁹ *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit., § 282.

³⁶⁰ *El Haski c. Bélgica*, cit., § 97-98.

obtidas sob tortura”³⁶¹. Se o facto de as provas serem apenas importantes, mas não decisivas, não interessou ao Tribunal de *Al Nashiri*, muito menos teria interessando a “exclusividade” delas.

Nesse caso também é interesse observar o forte uso da adjetivação e da linguagem figurativa pelo TEDH para justificar as razões pelas quais a admissão de uma prova obtida mediante tortura – e, portanto, a colaboração do Governo polaco com a transferência do requerente para a Base de Guantánamo, nos EUA - representaria uma flagrante denegação de justiça (destaques acrescentados)³⁶²:

Nenhum sistema legal baseado no estado de direito pode aprovar a admissão de provas - *embora confiáveis* - que tenham sido obtidas através de uma prática tão *bárbara* como a tortura. O processo judicial é uma *pedra angular* do estado de direito (*rule of law*). A prova obtida mediante tortura macula irremediavelmente esse processo; substitui estado de direito pela força e prejudica a reputação de qualquer tribunal que a admita. A prova obtida mediante tortura é excluída, a fim de proteger a integridade do processo judicial e, em última análise, o próprio estado de direito. A proibição do uso da tortura é fundamental.

Tal fundamentação é digna e nota. Primeiramente, porque a admissão hipotética de que, para o bem ou para o mal, as provas obtidas mediante tortura podem indicar a “verdade” sobre o facto delitivo é negada, logo no parágrafo seguinte, pela afirmação de que “declarações obtidas em violação ao Artigo 3.º são intrinsecamente duvidosas (*unreliable*)”. Ademais, o expediente metafórico da “pedra angular do estado de direito” (muito semelhante ao *topos* do “relevante papel numa sociedade democrática”) é utilizado para criar um vínculo causal entre a admissão da prova obtida mediante tortura e o fim do *rule of law*. Por fim, o recurso ao prejuízo da “reputação do tribunal” que admita tais provas levanta dúvidas se, e até a que ponto, o Tribunal Europeu é conduzido em seus julgamentos por uma preocupação “narcísica” com a sua própria reputação.

A realidade, contudo, é que tais fundamentos pouco ou nada tem a ver com a noção casuística de equidade processual, normalmente adotada pelo TEDH nos casos concernentes à admissibilidade das provas.

³⁶¹ *Al Nashiri c. Polónia*, cit., § 565.

³⁶² *Al Nashiri c. Polónia* (q. n.º 28.761/11), 4.ª S. (a), 24/07/2014 (final: 16/02/2015), § 564. Note-se que o TEDH utilizou a mesma fundamentação em *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polónia* (q. n.º 7.511/13), 4ª S., 24/07/2014, § 554.

Em *El Haski*, sob certo aspecto, o TEDH ensaia uma solução para o problema, ao defender que o uso de provas obtidas através da violação de um dos direitos centrais e absolutos garantidos pela Convenção “sempre levanta sérias dúvidas quanto à equidade dos procedimentos, mesmo quando a admissão de tais provas não foi decisiva para assegurar a condenação”³⁶³. É de se questionar, no entanto, se a questão principal aqui é a preservação da equidade do processo penal em si mesma (visto que a prova, nesse caso, fora irrelevante ou secundária para trâmite processual), ou os direitos humanos da testemunha torturada. A parte da fundamentação de *Othman* que realmente se aproxima do universo conceitual próprio dos direitos individuais no processo penal é o de que prova admitida sob tortura é “intrinsecamente não-confiável”³⁶⁴. Ora, sendo este o caso, tudo leva a crer que o reconhecimento da violação ao Artigo 6.º, em verdade, é um reconhecimento tácito de violação dos direitos do Artigo 3.º das testemunhas torturadas. Se esse é o caso, no entanto, os interesses da clareza, da transparência e da segurança jurídica exigiram que o Tribunal Europeu o admitisse expressamente, sem necessidade de testar, até ao limite, a maleabilidade da ferramenta da “flagrante denegação de justiça”.

5.5) A desarmonia da “flagrante denegação” com os testes do Artigo 6.º

Admitindo ou não relativizações, ou a existência de “aspectos” do direito ao processo equitativo que são derogáveis (e, portanto, não podem ser considerados normas de *jus cogens*)³⁶⁵, o facto é que parece ser incontroversa, na jurisprudência do TEDH, a existência de elementos verdadeiramente “essenciais” desse direito, aplicável no que chamamos de “ponderação de terceiro grau”. A primeira vez em que o TEDH utilizou o

³⁶³ *El Haski c. Bélgica* (q. n.º 649), 2ª S., 25/09/2012, § 85.

³⁶⁴ Isso porque “uma vítima da tortura irá dizer qualquer coisa – verdadeira ou não – como a forma mais rápida de se ver livre do tormento da tortura” (*Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit., § 264).

³⁶⁵ Consoante FOSTER e COSTELLO, toda norma de *jus cogens* está entre aquelas que nenhuma derrogação é permitida; todavia, nem toda norma não-derrogável pode ser considerada *jus cogens*, sem uma prévia análise do direito consuetudinário (FOSTER, Michelle; COSTELLO, Cathryn. Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test. In HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (Ed.). *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?*. Springer, 2016, p. 280)

topos da “essência mesma” em processos de extradição ou expulsão foi em *Ahorugeze c. Suécia*³⁶⁶:

Uma flagrante denegação de justiça vai além de meras irregularidades ou falta de garantias nos procedimentos judiciais, tais como as que poderiam resultar numa violação do Artigo 6.º se ocorresse dentro do próprio Estado Contratante. O que é preciso é uma violação dos princípios do julgamento equitativo garantido pelo Artigo 6.º, que seja tão fundamental que equivalha a uma anulação, ou destruição da essência mesma, do direito garantido por aquele Artigo.

O *topos* da nulificação ou destruição da “essência mesma” do direito garantido pelo Artigo 6.º é constante em inúmeros casos de extradição ou expulsão³⁶⁷. Em parte, é baseada na constante asserção do TEDH de que a “flagrante denegação de justiça é um rigoroso teste de inequidade”³⁶⁸. Todavia, importa notar que tal conceito entre em rota de colisão com outro, nomeadamente, o *topos* do “relevante papel numa sociedade democrática” (já tratado na secção 3.1 desta dissertação). A colisão fica evidente em casos como o já citado *Al-Moayad c. Alemanha*, no qual recurso ao “relevante papel numa sociedade democrática” foi utilizado pelo Tribunal, como justificativa para tese de que “até o fim legítimo de proteger a comunidade como um todo das sérias ameaças que enfrenta pelo terrorismo internacional não podem justificar medidas que extingam a essência mesmo do processo equitativo, como garantido pelo Artigo 6.º”³⁶⁹ – sem que tenha havido uma explicação mais detalhada de como isso se harmoniza com o conceito de “rigoroso teste de inequidade”.

Como aferir a preservação da “essência mesma” de um direito do Artigo 6º? Em *Allan c. Reino Unido*, por exemplo, o TEDH não buscou a analisar a preservação da “essência” do processo equitativo, mas de uma garantia específica (e implícita): a da não-autoincriminação. Para o Tribunal, “ao examinar se um procedimento extinguiu a essência mesma da garantia contra a autoincriminação, o Tribunal deve examinar a natureza e o grau da coação, a existência de salvaguardas relevantes no procedimento, e o uso que é

³⁶⁶ *Ahorugeze c. Suécia* (q. n.º 37.075), 5ª S., 27/10/2011, § 115.

³⁶⁷ *Yefimova c. Rússia*, cit., § 220; *Al Nashiri c. Polónia*, cit., § 563; *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit., § 260.

³⁶⁸ *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit., § 260.

³⁶⁹ Cfr, *Al-Moayad c. Alemanha* (q. n.º 35.865), 4ª S., 20/02/2007, § 101

feito do material obtido dessa forma”³⁷⁰. Ora, como seria possível analisar o uso a ser feito do material obtido, se o processo ainda sequer ocorreu? Como aferir se há um “risco real” de que o uso a ser feito será contrário aos direitos da Convenção?

Por sua vez, os métodos da "compensação" e da "remediação" (apontados na subsecção 3.5.2) - os quais, em verdade, estão ligados intimamente à doutrina da avaliação holística - também parecem ser de uso duvidoso no teste do risco real. Afinal, ao realizar o teste, deve-se considerar que o risco de denegação é relativizado por potenciais garantias processuais aptas a compensar um vício? Na análise do caráter "flagrante", deve o Tribunal levar em conta potenciais causas relativizadoras da violação? É verdade que um método como o aplicado em *Jasper e Al-Khawaja*³⁷¹ é de difícil aplicabilidade numa avaliação prospectiva; entretanto, se constituem causas suficientes de conformidade ao Artigo 6.º, como entendeu o TEDH, não podem deixar de levados em conta nos pedidos de extradição. Tais aspectos, contudo, não parecem integrar a avaliação do Tribunal de modo consistente.

A remediação, por sua vez, caso levada às últimas consequências, implicaria que a existência de cortes revisoras com amplos poderes no Estado requerente seriam suficientes para afastar, se não a flagrante denegação, ao menos o seu risco real. Todavia, em *Othman* (como se verá adiante), esse ponto foi relevado.

O problema da análise holística do processo, talvez, seja uma das fragilidades sistémica mais delicadas para da aplicação extraterritorial do Artigo 6.º, nos processos extradição. Com efeito, as incoerências quanto à estrutura e modo de interpretação desse dispositivo da Convenção (abordados na secção 3.4 dessa dissertação) são praticamente ignorados no teste da “flagrante denegação”. Quando o Tribunal define a “flagrante denegação” como um facto “manifestamente contrária ao Artigo 6.º”, não explica se essa “contrariedade manifesta” deve ser aferida com base no direito geral de equidade processual, ou de um dos componentes específicos do Artigo 6.º, ou ambos. Se o Tribunal optasse por adotar, no teste da “flagrante denegação”, o modelo *Nielsen*, exposto na subsecção 3.4.1 (modelo, a propósito, defendido por GOSS)³⁷², o teste deveria ter duas

³⁷⁰ *Allan c. Reino Unido* (q. n.º 48.539/99), 4ª S., 05/02/2002, § 44, destaques acrescentados.

³⁷¹ *Jasper c. Reino Unido*, cit., §§ 52, 55-56, e *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, cit., §§ 145-146.

³⁷² GOSS, op. cit., p. 87.

fazes: na primeira, deveria ser avaliado o risco de *violação flagrante* a qualquer uma das partes do Artigo 6.º; na segunda fase, seria necessário avaliar o risco de flagrante denegação do direito geral ao processo equitativo.

Admita-se, entretanto, que o Tribunal, ao cunhar o teste, havia intencionado indicar que o Artigo 6.º constitui um direito único. Então, seria recomendável que um dos três modelos de aferição, mencionados na subsecção 3.4.2, fosse claramente adotado pelo TEDH, a fim de conferir um nível de segurança jurídica à cooperação judiciária internacional que permita aos tribunais nacionais uma atuação em maior conformidade à CEDH, e ao jurisdicionado, maior previsibilidade ao manejar os recursos próprios à proteção dos direitos assegurados pela Convenção.

Por fim, como fazer uma análise holística de um processo que ainda não ocorreu? Estaríamos diante de uma análise holística do risco (real)? Em *El Haski*, é natural a referência ao método da avaliação holística³⁷³, afinal, estava-se diante de um caso de “risco real retroativo”, que, a bem da verdade, é uma *contradictio in terminis* (pois o que já ocorreu, não sofre mais o risco de ocorrer).

Todavia, uma das questões das mais relevantes é a de saber se, para comprovar a flagrante denegação, faz-se necessário aferir o risco de que “o procedimento como um todo” não venha a ser equitativo. Afinal, é possível realizar uma avaliação holística do “*vir-a-ser*”? Caso não se entenda possível (como parece ontologicamente inviável), uma das principais ferramentas de análise do TEDH de conformidade ao Artigo 6.º torna-se inútil (cf. subsecção 3.5.1). Note-se que, em *Othman*, faz-se referência ao modelo da avaliação holística, ao tomar, como pressuposto da decisão, os precedentes nos quais o TEDH considerou que “a admissão de declarações obtidas como resultado da tortura ou de outra forma de maus-tratos em violação ao Artigo 3.º como prova (...) tornou os procedimentos como um todo não-equitativos”³⁷⁴.

Por fim, o teste do processo “nunca equitativo”, como aplicado em *Ergin c. Turquia*³⁷⁵ também encontra falhas nos casos relacionados à expulsão/extradição. Com efeito, em *Yefimova c. Rússia* o Tribunal entendeu que os dados os relatórios da *Freedom*

³⁷³ *El Haski c. Bélgica*, cit., § 85.

³⁷⁴ *Othman c. Reino Unido*, cit., § 265.

³⁷⁵ *Ergin c. Turquia* (n.º 06, q. n.º 47533/99), 4ª S., 04/05/2006, §§ 55-56.

House efetivamente corroboravam a alegação da requerente quanto a uma “preocupação geral” com a independência e imparcialidade do judiciário cazaque, o que, entretanto, não foi considerado suficiente comprovar as dúvidas substanciais quanto à equidade do processo futuro³⁷⁶. Pelo contrário, o TEDH, ao analisar outros procedimentos penais relacionados à mesma operação (relacionada aos escândalos do Banco BTA no Cazaquistão), o Tribunal afirmou não encontrar neles “ nenhuns defeitos (...) que poderiam ser capazes de importar numa flagrante denegação de justiça”³⁷⁷. Ora, se as dúvidas quanto à imparcialidade do tribunal afastam, *a priori*, a equidade do processo, já não se deveria considerar flagrante tal denegação? Ou ainda: se mesmo um Tribunal aparentemente parcial pode oferecer um processo equitativo, como manter a doutrina do “*never fair*”?

³⁷⁶ *Yefimova c. Rússia* (q. n.º 39.786/09), 1ª S., 19/02/2013 (final: 08/07/2013), § 122.

³⁷⁷ *Yefimova c. Rússia*, cit., *ibidem*.

6) A INSEGURANÇA JURÍDICA PARA A UE E PARA A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA BRASIL-PORTUGAL

Encerrada a primeira, e mais essencial, etapa dessa dissertação, em que se foi feita uma análise crítica, do ponto de vista da capacidade de prover segurança jurídica no espaço da Convenção do teste empírico-normativo criado pelo TEDH para verificar violações ao Artigo 6.º nas decisões de extradição, bem como do seu manejo pelo mesmo Tribunal, convém adentrar na segunda parte desse trabalho, em que se apontam, de modo ilustrativo, reflexos do referido teste nas relações de cooperação judiciária no espaço da EU e entre o Brasil e Portugal, na perspectiva do primeiro como Estado requisitante e do segundo como Estado requisitado.

Para tanto, na primeira parte, descreve-se de que modo a jurisprudência do TEDH se relaciona com o direito da União Europeia, e os impactos dessa relação ao mecanismo do MDE e ao reconhecimento mútuo, em perspectiva com os precedentes do Tribunal de Justiça da União. Na segunda parte, descreve-se, a partir da legislação interna portuguesa e do estudo de casos, de que modo as cortes nacionais, especialmente o STJ, abordam a matéria do direito a um processo equitativo no Estado requisitante, e como se relacionam com o *case-law* do Tribunal Europeu. Em seguida, serão destacadas duas questões quanto à preservação dos direitos processuais mínimos do arguido no Brasil, que entraram na ordem do dia devido à “Operação Lava Jato”: a regra processual de atração da competência pela “prevenção” e o do uso da colaboração premiada de arguidos presos.

6.1) A incerteza no espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

Os efeitos da jurisprudência do TEDH sobre a extradição não se poderiam deixar de sentir no espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União Europeia. Contudo, nem sempre as relações entre a CEDH e o direito da UE são perfeitamente claras. Em estudo de 2005, LAWSON já advertia quanto à possibilidade, p. ex., de divergências entre os Tribunais de Luxemburgo e de Estrasburgo, embora ressaltando que o risco era pequeno,

na altura, devido à tendência de o TJUE aderir às interpretações do TEDH³⁷⁸. Todavia, era natural que fossem surgindo, ao longo do tempo, esforços de conformação da Comunidade Europeia (CE) e, posteriormente, da UE à Convenção. Com efeito, é patente a preocupação a respeito da conformidade aos direitos humanos dos atos da própria EU, pois, como alerta KAIIFA-GBANDI, “apesar da UE criar, através dos seus órgãos, novas possibilidades de violação [dos direitos humanos], nem escrutina tais violação a nível supranacional, nem se submete, como os Estados-membros, a um mecanismo internacional de escrutínio de tal proteção”³⁷⁹ (cita, p. ex., os acordos de extradição com os EUA, “marcados por sérias violações aos princípios fundamentais da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”)³⁸⁰.

Os esforços da CE nesse sentido, no entanto, esbarraram no Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça, de 28/03/1996, em que o Tribunal pronunciou no sentido de que, no estado do direito comunitário em vigor à época, “a Comunidade Europeia não era competente para aderir à CEDH”, porquanto “tal adesão promoveria uma alteração do regime de proteção dos direitos do Homem na Comunidade”, cuja natureza “teria assumido relevância constitucional e ultrapassado, portanto (...) os limites do artigo 235.º do Tratado CE (posteriormente artigo 308.º CE)” - o que só seria possível por meio de uma modificação desse Tratado³⁸¹. Contudo, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE) passou a prever expressamente que “a União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”³⁸². Por sua vez, o n.º 3 do referido artigo estabelece que “do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, além das tradições constitucionais dos Estados-membros.

³⁷⁸ LAWSON, Rick. *The Contribution of the Agency to the Implementation in the EU of International and European Human Rights Instruments*, in ALSTON, Philip; SCHUTTER, Olivier (orgs.). *Monitoring fundamental rights in the eu: the contribution of the Fundamental Rights Agency*. Hart Publishing, 2005, p. 238.

³⁷⁹ KAIIFA-GBANDI, Maria. The treaty establishing a constitution for Europe and challenges for criminal law at the commencement of 21st Century in ALBRECHT, Hans-Jörg; KLIP, André (Ed.). *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: A Collection in Honour of Prof. Em. Dr. Dr. Hc Cyrille Fijnaut*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 187.

³⁸⁰ KAIIFA-GBANDI, op. cit, ibidem.

³⁸¹ Parecer do TJUE 2/13 (Tribunal Pleno), de 18 de dezembro de 2014, § 153. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>

³⁸² Cfr: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>

A partir disso, foram criados novos esforços de adesão da UE à Convenção, com a recomendação da Comissão de 17 de março de 2010, que levou o Conselho da UE a autorizar a abertura de negociações reativas a um acordo com o Conselho da Europa, as quais conduziram a um desfecho em 05 de abril de 2013³⁸³, e foi levado, ato contínuo, à apreciação do Tribunal de Justiça para parecer, nos termos do Artigo 218.º, n.º 11, do TFUE. Todavia, no Parecer 2/13, o TJUE entendeu que a adesão seria incompatível com o artigo 6.º, n.º 2, do TUE, nomeadamente quanto à parte final (a qual dispõe que a adesão à CEDH “não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”), por afetar “características específicas e a autonomia do direito da União” e não prevenir “o risco de violação do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros no direito da União”³⁸⁴.

Desde o início, contudo, era natural que a implementação dos mecanismos jurídicos da UE pudesse, mais cedo ou mais tarde, suscitar dúvidas quanto à conformidade às exigências da CEDH, e diversos casos fossem levados à apreciação do TEDH. Com efeito, como ensina CAEIRO, “a atividade legiferante da UE anterior ao Tratado de Lisboa raramente visou proteger, de forma autónoma e como expressão de uma política criminal própria, as liberdades individuais contra o poder punitivo”³⁸⁵. Dessa natureza claramente expansionista, certamente algum nível de infringência aos dispositivos da Convenção poderiam ser objeto de controlo pelo TEDH - apesar de a observância da CEDH por parte dos Estados-membros, como já afirmam, ser um dos *topoi* legitimadores do princípio da confiança mútua³⁸⁶.

Com efeito, como ressalta LAWSON, o facto de a UE ainda não ter aderido, na altura, à Convenção Europeia (na época do estudo, em 2005, ainda não se havia lançado o Parecer 2/13), nunca impediu que “queixas a respeito da União pudessem ser trazidas

³⁸³ Parecer do TJUE 2/13, cit., §§ 46-48.

³⁸⁴ Parecer do TJUE 2/13, cit., § 258.

³⁸⁵ CAEIRO, Pedro. *Introdução (ou de como todo processo penal começa com uma constituição de direitos)*, in A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português, p. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 7.

³⁸⁶ Cfr. OSCE. *Background paper on extradition and human rights in the context of counter-terrorism*. Vienna: ODIHR, mar/2007. Disponível em: www.osce.org/odihr/24392?download. Acesso: 14/03/2019, p. 4. Nada obstante, em sentido contrário, a Alta Corte de Justiça inglesa, como aponta MACKAREL, já tenha decidido que a possibilidade de queixa ao TEDH não implicava em garantia do direito a um processo equitativo para o arguido (MACKAREL, Mark. *The European Arrest Warrant - The early years: implementing and using the Warrant*; in ALBRECHT, Hans-Jörg; KLIP, André (Ed.). *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: A Collection in Honour of Prof. Em. Dr. Hc Cyrille Fijnaut*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pg. 625)

contra os Estados-Membros"³⁸⁷. Tais queixas foram classificadas pelo autor em dois tipos: a) queixas contra todos os Estados-Membros, ao argumento de que foram coletivamente responsáveis pela infringência à CEDH; b) queixas contra um Estado Membro específico, ao argumento de que agiu como *longa manus* da União³⁸⁸. Consoante o autor, a Comissão Europeia, numa das suas primeiras decisões (1958), entendeu que "se um Estado parte da CEDH celebra um outro acordo internacional que o inabilita a cumprir as suas obrigações diante da Convenção, torna-se responsável por quaisquer violações dessas obrigações"³⁸⁹.

Apesar de ser um entendimento razoavelmente claro, a jurisprudência posterior do TEDH a esse respeito veio a se tornar ambígua³⁹⁰. Conforme LAWSON, aparentemente, em 1990, a Comissão teria mudado de postura em *M & Co*, em que teria inaugurado a doutrina da "proteção equivalente", segundo a qual a transferência de poderes para uma organização internacional não seria incompatível com a Convenção, desde que fosse garantida a proteção mínima dos direitos fundamentais³⁹¹. Tal orientação foi seguida, p. ex., em *Pafitis e outros c. Grécia*³⁹², em que o TEDH julgou não ser possível a condenação do Estado signatário por ofensa ao direito da duração razoável do processo (Artigo 6.º, § 1.º), devido ao período em que o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias se demorou para apreciar os recursos interpostos, porque haveria de "afetar adversamente o sistema instituído pelo Artigo 177 do Tratado da CCE e agir contra o objetivo perseguido em substância por esse artigo"³⁹³.

Todavia, em *Matthews c. Reino Unido*, o Tribunal Europeu, assertivamente, deu a entender que retomava a jurisprudência anterior da Comissão (destaques acrescidos)³⁹⁴:

O Tribunal observa que os atos da CE, como tais, não podem ser impugnados perante o Tribunal porque a CE não é uma Parte signatária. A Convenção não exclui a transferência de competências para organizações internacionais, desde que os direitos da Convenção continuem a ser

³⁸⁷ LAWSON, op cit., p. 239.

³⁸⁸ LAWSON, op cit., ibidem.

³⁸⁹ LAWSON, op cit., ibidem.

³⁹⁰ LAWSON, op cit., p. 241. Observe-se que, na altura, o caso *Bosphorus* ainda não havia sido julgado pelo TEDH, embora LAWSON reconhecesse que seria determinante para o esclarecimento da questão (e cujo trâmite devorava, para o autor, provavelmente em razão da natureza "sensível" da matéria (idem, pp. 241-242).

³⁹¹ LAWSON, op cit., p. 240.

³⁹² Cfr. *Pafitis e outros c. Grécia* (q. n.º 163/1996/782/983), 28/02/1998

³⁹³ *Pafitis e outros c. Grécia*, cit., § 95.

³⁹⁴ *Matthews c. Reino Unido* (q. n.º 24.833/94), 18/02/1999, § 32.

"assegurados". A *responsabilidade dos Estados-Membros continua, portanto, mesmo após essa transferência.*

De facto, foi apenas em seguida ao caso *Bosphorus c. Irlanda* que o TEDH traçou definitivamente os contornos da sua jurisprudência a respeito da matéria, deliberando que os Estados signatários, na aplicação do direito supranacional e, nomeadamente, do direito da UE, tem a seu favor a presunção de agirem de modo compatível à CEDH, na medida em que “se considera que o organismo [supranacional] em questão garante os direitos fundamentais (...) de um modo ao menos equivalente ao que a Convenção provê”³⁹⁵. Nada obstante, advertiu o TEDH que, nos casos em que a proteção dos direitos previstos na Convenção for “manifestamente deficiente”, tal presunção deve ser afastada, porquanto “o interesse da cooperação internacional seria superado pelo papel da Convenção como ‘um instrumento constitucional da ordem pública Europeia’”³⁹⁶. O TEDH, portanto, não excluiu a hipótese de que a observância de uma norma da União Europeia possa implicar numa infringência a um dos direitos mínimos perante a Convenção; presumivelmente, “se um Estado-membro não fez mais do que executar uma obrigação lega derivada da sua adesão à União, não terá descumprido as exigências da Convenção”, mas essa presunção pode ser afastada, nos casos em que a proteção dos direitos seja “manifestamente deficiente”³⁹⁷.

E quanto à cooperação judiciária em matéria penal no âmbito da UE? Até que ponto os mecanismos de cooperação implementados podem implicar numa ofensa a um direito da Convenção? Seria o teste de *Soering* aplicável na observância, pelos EM's, de regras de cooperação judiciária impostos pelo direito da União?

Em verdade, o Artigo 19.º, n.º 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê que “ninguém pode ser (...) extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”. Por sua vez, a Decisão-Quadro 2002/584/JAI (Mandado de Detenção Europeu), embora tenha previsto o fim do controle da dupla incriminação (art. 2º, n. 2, da Decisão-Quadro) para crimes específicos (grande criminalidade, cuja pena máxima não

³⁹⁵ *Bosphorus c. Irlanda* (q. n.º 45036/98), G.S., 30/06/2005, § 155. Observa o Tribunal Europeu, entretanto, que por “equivalente” ele entende “comparável”, visto não ser razoável exigir que os parâmetros de proteção sejam idênticos.

³⁹⁶ *Bosphorus c. Irlanda*, cit., § 156.

³⁹⁷ CALLEWAERT, Johan. *EU law on criminal justice from a Strasbourg perspective*. In: ERA Forum. Springer-Verlag, p. 536-542, 2005, pg. 537.

seja inferior a 3 anos, de acordo com o direito do estado de emissão), também destacou inúmeras causas de recusa. Sem contar os considerandos³⁹⁸, o artigo 3.º da Decisão-Quadro prevê três causas de não execução obrigatória do mandado: 1) anistia da infração no estado de execução; 2) *bis in idem*, desde que, em caso de condenação, a pena já tenha sido cumprida, esteja em cumprimento ou a punibilidade esteja extinta, pela lei do estado de execução; 3) inimputabilidade em razão da idade³⁹⁹. Por sua vez, o artigo 4.º dispõe sobre as inúmeras causas facultativas de não execução⁴⁰⁰. Nada obstante, o Considerando n.º 10 prevê que a execução do mecanismo do MDE “só poderá ser suspensa no caso de violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos princípios enunciados no n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia”. Além disso, importa ressaltar que, em reverência à interpretação o TEDH sobre os direitos da CEDH, o Conselho adotou a Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho⁴⁰¹, que alterou a Decisão-Quadro 2002/584/JAI, para incluir a causa de recusa do julgamento *in absentia* (Artigo 4.º-A), com expressa referência à garantia da pessoa acusada a um processo equitativo pela Convenção Europeia, “com a interpretação que lhe é dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”⁴⁰².

Quanto às movimentações dentro do espaço da UE, todavia, a primeira aplicação de *Soering*, por analogia, pelo TJUE ocorreu no acórdão de 21/12/2011 nos Processos C-411/10 e C-493/10⁴⁰³, nos quais se decidiu que as obrigações de proteção dos direitos fundamentais dos EM eram incompatíveis com a transferência de um requerente de asilo para um “EM responsável”, nos termos do n.º 343/2003, nos casos em que as condições de acolhimento dos requerentes de asilo deste último EM pudessem configurar “razões sérias

³⁹⁸Especialmente o Considerando n.º 12, que prevê a possibilidade de recusa quando o MDE é emitido para mover procedimento de caráter discriminatório.

³⁹⁹Cfr. VENANCIO, Daiana Seabra. *O mandado de detenção europeu vs. o mandado de captura do Mercosul: uma análise comparativa*. Revista do Programa de Direito da União Europeia, n. 2, 2012, p. 33.

⁴⁰⁰São elas: 1) ausência de dupla-incriminação, em crimes não previstos no art. 2º, ressalvados os tributários, quando não for a mesma hipótese de incidência do tributo, pelo direito do estado de execução; 2) litispendência no estado de execução; 3) coisa julgada por outro estado membro, ou arquivamento da arguição no estado de execução; 4) prescrição, desde que a competência seja do estado de execução, de acordo com a sua própria lei; 5) coisa julgada por país terceiro, desde que a pena tenha sido cumprida, em caso de condenação; 6) se o Estado se comprometer a executar a pena do seu próprio nacional, nos termos do direito nacional; 7) sempre que a infração: a) tenha sido cometida no território do estado de execução; b) tenha sido cometida fora do território do estado de emissão, desde que o direito do estado de execução não autorize o procedimento criminal por infração idêntica praticada fora do seu próprio território.

⁴⁰¹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32009F0299>

⁴⁰² Cfr. Considerandos n.º 1 e 8 da Decisão-Quadro 2009/299/JAI

⁴⁰³ Conclusões da Advogada-Geral Eleanor SHARPSTON no Processo C-396/11, 18/10/2012, § 76

e verosímeis de que o requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes, na acepção do artigo 4.º da Carta”⁴⁰⁴. Todavia, como lembra CALLEWAERT, já no caso *Pupino*, o Tribunal de Justiça deixara claro, a respeito da relação entre o terceiro pilar e a Convenção Europeia, que “a observância do direito europeu não é justificativa para a não aplicar a Convenção”⁴⁰⁵. Nesse mesmo sentido, é emblemática a decisão do Tribunal de Justiça em *Melloni* (acórdão de 09/06/2011), um evidente exemplo de recusa de execução do MDE em razão dos direitos inerentes a um processo equitativo⁴⁰⁶. Nessa oportunidade, o TJUE entendeu que a Espanha não poderia executar o MDE emitido pela Itália, visto que a causa de recusa do julgamento *in absentia*, inserido após a emenda de 2009, na verdade, é de natureza obrigatória, em observância dos Artigos 47 e 48(2) da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁴⁰⁷.

Também em *Aranyosi e Căldăraru* (acórdão de 05/04/2016) o TJUE parece ter seguido a linha jurisprudencial do TEDH, ao entender ser vedado aos EM’s executar um MDE quando há “um risco real de trato desumano ou degradante” (idêntica redação utilizada pelo Tribunal Europeu)⁴⁰⁸. No caso específico, discutia-se o problema da sobrelotação e más condições carcerárias nos estados de emissão, o que o Tribunal entendeu como tratamento contrário ao Artigo 4.º da Carta de Direitos Fundamentais. É interessante notar que, nesse caso, a questão foi levantada pelo Tribunal de Brémen devido às condenações pelo TEDH, tanto no caso da Hungria⁴⁰⁹ quanto da Roménia⁴¹⁰, devido a factos semelhantes. No caso ML (acórdão de 25/07/2018), o TJUE, ao interpretar *Aranyosi e Căldăraru*, entendeu que: a) a mera previsão, no EM de emissão, de “vias de recurso que permitam fiscalizar a legalidade das condições de detenção à luz dos direitos

⁴⁰⁴ Ac. TJUE de 21/12/2011 nos Processos C-411/10 e C-493/10, G. S., § 93.

⁴⁰⁵ CALLEWAERT, Johan. *The European Court of Human Rights and the area of freedom, security and justice*. In: ERA Forum. Springer-Verlag, p. 511-518, 2007, p. 518.

⁴⁰⁶ Ac. do TJUE de 09/06/2011 no Proc. n.º C-399/11 (*Melloni*).

⁴⁰⁷ *Melloni*, § 65.

⁴⁰⁸ Ac. do TJUE de 05/04/2016 nos Procs. C-404/15 e C-659/15 (*Aranyosi e Căldăraru*), G. S., § 88. Deve-se acrescentar que, para o Tribunal de Justiça, não basta o reconhecimento das condições gerais de encarceramento, porquanto a autoridade judiciária de execução precisa aferir o risco concreto de a pessoa em questão ser levada a esse tipo de maus-tratos. Para tanto, é dever do Estado de execução solicitar “informações complementares à autoridade judiciária de emissão” (declaração final).

⁴⁰⁹ Cfr. *Varga e outros c. Hungria* (q. n.º 14.097 et al.), 2ª S., 10/03/2015 (final: 16/06/2015), §§ 86 et seq; TJUE - *Aranyosi e Căldăraru*, § 43.

⁴¹⁰ Cfr. TEDH - *Voicu c. Roménia* (q. n.º 22.015/10), 3ª S., 10/06/2014 (final: 10/09/2014), §§ 51-54; TJUE - *Aranyosi e Căldăraru*, § 60.

fundamentais” não exime a análise, pelo EM de execução, das condições carcerárias a que o indivíduo será submetido⁴¹¹; b) por outro lado, compete ao EM de execução apenas “verificar (...) as condições de detenção, concretas e precisas, da pessoa em causa”, não as prisões às quais a pessoa, depois da condenação, pode vir a ser presa, visto que não lhe cabe fazer uma análise de todo o sistema penitenciário de outro EM, em detrimento da funcionalidade do próprio mecanismo do MDE⁴¹². De facto, como já havia observado RODRÍGUEZ, a decisão do Tribunal de Justiça em *Aranyosi*, por tratar dos princípios do reconhecimento e confiança mútuos, por um lado, e dos direitos humanos, por outro, haveria de estender sua importância mais além, “até as relações dos sistemas de proteção desses direitos que estão contidos nos ordenamentos constitucionais e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos”⁴¹³.

Tais entendimentos contrastam, contudo, com certa jurisprudência do TJUE tendente a favorecer o reconhecimento mútuo. É o que ocorre, por exemplo, em *Ognyanov*, em que o Tribunal de Justiça entendeu que as regras de redução de duração da pena do Estado da execução (no caso, a Bulgária), visivelmente mais benéficas ao réu, não poderiam ser retroativamente aplicadas à pena já cumprida no Estado de emissão⁴¹⁴. O que pode suscitar a dúvida de se, ao flexibilizar tais princípios em casos como *Aranyosi*, o Tribunal de Justiça, em verdade, não o faz contra a sua tendência natural de fortalecer os mecanismos europeus, para dar-lhe conformidade aos requisitos da Convenção Europeia, tais como interpretados pelo TEDH.

Esse é, a propósito, o elemento de insegurança jurídica que o presente Capítulo substancialmente se propõe a indicar, e que encontram a sua expressão máxima no problema da aplicação do Artigo 6.º da CEDH no mecanismo de cooperação da EU. Com efeito, como observam ALEGRE e LEAF, a exigência de *Soering* aplicava-se à extradição entre os signatários da Convenção na mesma medida em que se aplicava “à extradição de

⁴¹¹ Ac. TJUE de 25/07/2018 no Processo C-220/18, 1ª. S. (ML), § 75.

⁴¹² TJUE – ML, cit., § 117.

⁴¹³ RODRÍGUEZ, Pablo J. Martín. *La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Caldaru. In Revista de Derecho Comunitario Europeo*, v. 20, n. 55, p. 863.

⁴¹⁴ Ac. de 08/11/2016 no Proc. n.º C -554/14 (*Ognyanov*), §§-49-50

um país signatário para o Estado terceiro”⁴¹⁵, sendo natural, portanto, que em algum momento pudessem surgir dúvidas relativas ao Artigo 6.º da CEDH, também, na execução de instrumentos como o MDE⁴¹⁶.

E foi exatamente o que fez o TEDH, recentemente, em *Pirozzi c. Bélgica*⁴¹⁷, em que se discutia a execução de um MDE emitido pela Itália para a entrega de um cidadão sentenciado em 1998 pelo juízo de Brescia por tráfico de estupefacientes, condenado na pena de 14 anos de prisão. O arguido alegou que o processo era nulo, porque havia sido impedido de comparecer ao julgamento por razões médicas. Aplicando o princípio que já estabeleceram em *Bosphorus*, o TEDH julgou que o Estado signatário, na hipótese de execução de um MDE, também se obrigava ao teste de violação prospectiva ao Artigo 6.º da CEDH, devendo, portanto, aferir a existência de risco real da flagrante denegação de justiça, como fixado em *Soering e Othman (Abu Qatada)*⁴¹⁸. Na ocasião, o TEDH afirmou que, apesar de reputar “inteiramente legítimas, aos olhos da Convenção (...) a criação de um espaço de liberdade, de segurança e justiça na Europa, e a adoção de meios necessários a esse fim”, os meios de criação desse espaço “não podem ferir os direitos fundamentais das pessoas em questão”⁴¹⁹. Para o Tribunal, portanto (destaques acrescentados)⁴²⁰:

(...) quando os tribunais de Estados que são, ao mesmo tempo, partes na Convenção e membros da UE, são chamados a aplicar um mecanismo de reconhecimento mútuo estabelecido pela legislação da UE, tal como o previsto para a execução de um MDE emitido por outro Estado europeu, *é na ausência de qualquer insuficiência manifesta dos direitos protegidos pela Convenção que eles dão a este mecanismo o seu efeito pleno.*

No mérito, todavia, o TEDH entendeu que simples fato de não ter comparecido por motivo de doença não implicava em violação ao art. 6.º, § 1.º, porque o requerente havia sido informado da data e do lugar do julgamento e constituído advogado que o

⁴¹⁵ ALEGRE, Susie; LEAF, Marisa. *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, v. 10, 2004, p. 205.

⁴¹⁶ A exemplo do que ocorreu no caso Rachid Ramda, suspeito de atividades terroristas, requisitado pela França ao Reino Unido, ainda sob o antigo Tratado de Extradução. Nesse caso, em que se questionava a equidade do processo em razão da efetiva voluntariedade das confissões extrajudiciais obtidas contra ele, o *Queen’s Bench Division* entendeu que era dever do Executivo avaliar, antes da extradicação, o risco de flagrante denegação de direitos processuais após a extradicação (cfr. ALEGRE, Susie; LEAF, Marisa, op. cit., pp. 207/208).

⁴¹⁷ *Pirozzi c. Bélgica* (q. n.º 21.055), 2º S., 17/04/2018, §§ 7-12.

⁴¹⁸ *Pirozzi c. Bélgica*, cit., § 57.

⁴¹⁹ *Pirozzi c. Bélgica*, cit., §§ 60-61.

⁴²⁰ *Pirozzi c. Bélgica*, cit., § 63.

defendera desde a primeira instância⁴²¹. Nada obstante, em decorrência dos princípios gerais estabelecidos nessa decisão, como lembra HAZELHORST, o Artigo 6.º, § 1, da CEDH “tornou-se diretamente vinculante para a UE e para os Estado Membros, quando aplicam o direito europeu, ainda que a União possa prover proteção ainda mais extensa”⁴²².

Com efeito, depois de *Pirozzi*, a suspensão da execução do MDE pelo “risco real de flagrante denegação de justiça” já é objeto de questionamento no TJUE, embora ainda sem apreciação de mérito. Segundo o parecer do AG TANCHEV no Processo C-216/18, na mesma linha do que já decidiu o Tribunal em *Aranyosi e Caldararu*, deve órgão jurisdicional do Estado adiar a execução do mandado, quando constatar o risco real de a pessoa requisitada sofrer uma denegação de justiça flagrante, após a entrega ao País de emissão, devendo requisitar a este último “todas as informações complementares necessárias”⁴²³. Todavia, reitera TANCHEV inúmeras vezes em seu parecer, não basta a existência de um risco de denegação de justiça flagrante “em razão de deficiências que afetam o sistema judiciário do Estado-Membro de emissão”, como também é preciso comprovar que “a pessoa em causa ficará exposta a esse risco”⁴²⁴. Em outras palavras, é necessário comprovar o risco concreto. Ressalta que a própria Decisão-Quadro, no Considerando n.º 12, já fizera ressalvas à execução do MDE diante da possibilidade de perseguição política. Por sua vez, quanto aos requisitos (exigentes) do Considerando n.º 10, reitera que se trata de hipóteses de “suspensão do mecanismo do MDE”, não da suspensão da aplicação da Decisão-Quadro num caso específico⁴²⁵.

Apesar de o parecer de TANCHEV apresentar confiáveis e seguros parâmetros de conformidade ao teste do TEDH, esse mesmo teste, como já apontado nos capítulos anteriores dessa dissertação, carece de consistência e aptidão para prover segurança jurídica, podendo levar a execução do MDE a um elevado grau de incerteza, a ponto de a AG SHARPSTON ter opinado, como afirmado alhures, pelo simples abandono dele pelo TJUE⁴²⁶. Isso, porém, seria possível, considerando as decisões tomadas em *Bosphorus* e

⁴²¹ *Pirozzi c. Bélgica*, cit., §§ 70-71.

⁴²² HAZELHORST, Monique. Springer, 2017, 130/131.

⁴²³ TJUE – Conclusões do Advogado-Geral TANCHEV no Processo C-216/18 PPU, apresentadas em 28/06/2018, § 131/132.

⁴²⁴ Conclusões do Advogado-Geral TANCHEV no Processo C-216/18 PPU, § 104.

⁴²⁵ Conclusões do Advogado-Geral TANCHEV no Processo C-216/18 PPU, § 106.

⁴²⁶ Conclusões da AG Eleanor SHARPSTON no Proc. C-396/11 (18/10/2012) § 84.

Pirozzi? Por sua vez, a adesão ao teste do “risco real da flagrante denegação de justiça” poderia implicar, na prática, no fim do reconhecimento mútuo?

Com efeito, é tradicional a ideia de que o reconhecimento mútuo depende da existência “de regras processuais que correspondam a garantias equivalentes para a liberdade do indivíduo”⁴²⁷; porém, a criação de parâmetros mínimo de direitos processuais na União Europeia, consoante KONSTADINIDES e ECKES, “nunca constituiu uma precondição para a adoção da Decisão-Quadro do MDE”, fiando-se na obediência aos *standards* de proteção da CEDH⁴²⁸. Todavia, como advoga ALEGRE, para o MDE permitir o efetivo procedimento de extradição para o qual foi desenhado, “será necessário que ele se apoie na imposição, através de toda a Europa, de parâmetros de garantias processuais para investigados e arguidos que sejam reais, eficazes e exequíveis, e não simplesmente declaratórias”⁴²⁹. Ora, como nota KONSTADINIDES, a Amnistia Internacional já havia alertado para a necessidade de suspensão do reconhecimento mútuo em países “onde os direitos relativos a um processo equitativo não eram consistentemente assegurados”⁴³⁰. Em alguma altura, tais deficiências deveriam resultar no enfraquecimento, ou remodelação, desse princípio.

Decisões como a do TJUE, p. ex., no caso *Petruhhin*, no entanto, demonstram um elevado nível de confiança no sistema de proteção dos direitos fundamentais no processo penal no espaço da EU. Nesse acórdão, entendeu o Tribunal de Justiça que a garantia de não-extradição dos nacionais, presente no ordenamento jurídico de determinado Estado-Membro, deve ser estendida a todo o espaço da União, independentemente de o Estado-Membro requisitado, em que o nacional do primeiro país se encontra, tenha celebrado tratado de extradição com o país terceiro, requisitante⁴³¹. Segundo o Tribunal de Justiça,

⁴²⁷ KONSTADINIDES, Theodore; ECKES, Christina (eds.). *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: a European Public Order*. Cambridge University Press, 2011, p. 216.

⁴²⁸ KONSTADINIDES, op. cit., p. 217.

⁴²⁹ ALEGRE, Susie. *Human rights and the future of extradition in the European Union: Implications of recent case law in the United Kingdom, France and Spain*. In: ERA Forum. Springer Berlin Heidelberg, 2003. p. 68.

⁴³⁰ KONSTADINIDES, op. cit., pg. 238.

⁴³¹ TJUE - Ac. de 06/09/2016 no Proc. C-182/15 (*Petruhhin*), G. S., § 50: “quando um Estado-Membro para o qual se deslocou um cidadão da União, nacional de outro Estado-Membro, recebe um pedido de extradição de um Estado terceiro com o qual o primeiro Estado-Membro celebrou um acordo de extradição, deve informar o Estado-Membro da nacionalidade do cidadão e, sendo caso disso, a pedido deste último Estado-Membro, entregar-lhe esse cidadão, em conformidade com as disposições da Decisão-Quadro

trata-se de um consectário da proibição de discriminação por nacionalidade (art. 18 do TFUE) e do direito à livre-circulação (art. 21 do TFUE)⁴³², devendo-se, nesses casos, a fim de não deixar de “lutar contra a impunidade em caso de infrações penais, lançar mão de todos os mecanismos de cooperação e de assistência mútua existentes em matéria penal em virtude do direito da União”⁴³³, designadamente, o Mandado de Detenção Europeu⁴³⁴.

A respeito da decisão do TJUE em *Petruhhin*, argumenta KLIP que o Tribunal, essencialmente, sustentou “que os europeus devem ser protegidos contra o risco de injustiça no mundo fora da União Europeia”, visão essa que não esconde “certo grau de arrogância”: os Estados da União Europeia sempre seriam confiáveis no respeito aos direitos humanos, ao passo que que estados terceiros não seriam meritórios de qualquer confiança⁴³⁵. Todavia, lembra KLIP que “alguns Estados-membros têm preocupante histórico relativamente aos direitos humanos e ao império da lei, enquanto Estados não-membros são bons exemplos nisso”⁴³⁶. Nesse sentido, a decisão do TJUE pode significar uma mudança, tanto para o direito extradicional quanto para o MDE, na medida em que “pode modificar a natureza da decisão de extradição, de uma análise das condições existentes visando à entrega, para um processo de vigilância em prol de um procedimento [criminal] no interior da União Europeia”⁴³⁷.

Para CAEIRO, todavia, já pode ter começado a se esboçar uma mudança no sentido de não mais funcionalizar a proteção "direitos mínimos" processuais aos fins do reconhecimento mútuo e da cooperação judiciária⁴³⁸. Pensa o autor que a UE tenderá a adotar um modelo de proteção dos direitos individuais no processo penal assentados em "fundamentos jurídico-axiológicos autónomos"⁴³⁹ - perspectiva que, paradoxalmente, pode ter por efeito o fortalecimento do próprio reconhecimento mútuo, pois, na medida em que a

2002/584, desde que esse Estado-Membro seja competente, à luz do seu direito nacional, para proceder criminalmente contra essa pessoa por atos praticados fora do seu território nacional.”

⁴³² Cf. *Petruhhin*, cit., §§ 30-33

⁴³³ Cf. *Petruhhin*, cit., § 47.

⁴³⁴ Cf. *Petruhhin*, cit., § 48.

⁴³⁵ KLIP, André. *Europeans first!: Petruhhin, an unexpected revolution in extradition law*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, v. 25, n. 3, pp. 195-204, 2017. P 204.

⁴³⁶ KLIP. *Europeans first!: Petruhhin, an unexpected revolution in extradition law*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, v. 25, n. 3, pp. 195-204, 2017, p 204.

⁴³⁷ KLIP, op. cit, *ibidem*.

⁴³⁸ CAEIRO, op. cit., p. 10.

⁴³⁹ CAEIRO, op. cit., pp. 7-10.

conexão europeia é entendida como "um projeto próprio de tutela dos direitos individuais nos processos penais", as decisões dos Estados-membros passam a ser conhecidas "não por provirem de outros Estados-membros", mas sim porque estes "são obrigados a respeitar garantias exigidas (...) pela mesma entidade legitimada para impor o reconhecimento mútuo"⁴⁴⁰. Nesse sentido, tem um papel relevantíssimo a harmonização do direito processual penal, para a criação de "parâmetros mínimos comuns para que as decisões possam ser vistas como expressões de uma justiça comum"⁴⁴¹.

Isso não quer dizer, contudo, que o princípio da confiança mútua será superado ou deixará de ocupar um papel central na implementação dos mecanismos da EU. Com bastante acuidade, RODRÍGUEZ destaca que "a confiança mútua permite, com efeito, o reconhecimento de resoluções penais dos outros Estados", e que isso implica em que "onde não há confiança mútua não pode haver reconhecimento mútuo", mas não que "onde não há reconhecimento mútuo não haja confiança mútua"⁴⁴². Para ele, portanto, a denegação do reconhecimento não se baseia, necessariamente, na falta de confiança mútua; caso tal vínculo fosse necessário, ao denegar a execução de um MDE com fundamento no respeito aos direitos humanos, ou estaríamos diante de uma invalidade "por violação do princípio do direito originário da confiança mútua", ou de uma "manifestação de que o reconhecimento pode operar na ausência de confiança mútua"⁴⁴³. Destarte, a confiança mútua não deve ser "uma premissa normativa", mas, sim, "um fruto, ou bem intencional de uma harmonização prévia, ou bem espontâneo da prática do reconhecimento com controle externo dos direitos fundamentais"⁴⁴⁴.

A voz uníssona dos especialistas leva-nos a concluir que qualquer "insegurança" que possa derivar da adoção do teste da "flagrante denegação de justiça" não seria causa, em si mesma, do enfraquecimento do princípio do reconhecimento mútuo, mas, antes, um desvelamento da realidade da ausência de seus pressupostos, i.e., da fraqueza do sistema autónomo de preservação dos direitos individuais do arguido que decorra da própria força

⁴⁴⁰ CAEIRO, op. cit., p. 11.

⁴⁴¹ CAEIRO, Pedro. *Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)*, in Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, 2017, p. 41.

⁴⁴² RODRÍGUEZ, op. cit., p. 892.

⁴⁴³ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 893.

⁴⁴⁴ RODRÍGUEZ, op. cit., *ibidem*.

normativa da UE, e da necessidade de harmonização do processo penal no espaço da União.

6.2) A jurisprudência do TEDH e as cortes portuguesas

Na segunda parte desse último capítulo, como já indicado, serão abordados o modo como o direito interno português se relaciona com o teste do “risco real de flagrante denegação de justiça” e de que modo a cooperação judiciária Brasil-Portugal pode ser afetada por esse contexto. O processo de extradição no direito português, explica COSTA, possui duas fases: a primeira, de natureza executiva (administrativa), é de competência do Ministro da Justiça, e culmina “numa decisão que pode ser de indeferimento liminar ou de prosseguimento do processo”⁴⁴⁵, cujos fundamentos são “de ordem política ou de oportunidade ou conveniência”. A segunda é de natureza judicial, em que é competente o Tribunal da Relação, o qual “aqui intervém como tribunal de primeira instância”⁴⁴⁶. Trata-se, portanto, de um processo de natureza mista⁴⁴⁷. A decisão do Ministro da Justiça tem caráter administrativo⁴⁴⁸ e, ao menos a princípio, é irrecorrível⁴⁴⁹. A segunda fase destina-se a verificar se as condições normativas estão satisfeitas⁴⁵⁰, existindo pressupostos de natureza formal e substancial; estes últimos, por sua vez, são constituídos pelo “conjunto

⁴⁴⁵ Lembra COSTA que, na primeira hipótese, o processo é arquivado sem possibilidade de recurso (COSTA, Miguel João. *Dedere aut judicare? A decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014, p. 19).

⁴⁴⁶ “Embora, literalmente, seja este o desenho adjectivo traçado na LCJ, a doutrina há muito que considera admissível (...) a ocorrência de uma segunda intervenção executiva, posterior à decisão judicial de concessão da extradição e susceptível de sobrepor-se-lhe – entendimento que se encontra, hoje, atestado por jurisprudência constitucional” (COSTA, op. cit., pp. 19/20).

⁴⁴⁷ COSTA, op. cit., p. 20.

⁴⁴⁸ “Na LCJ encontram-se vários sinais da natureza administrativa desta decisão, com destaque para o de a fase em que a mesma se insere surgir assertivamente designada de ‘fase administrativa’ (art. 46.º n.os 1 e 2) e o respectivo processo decisório de ‘processo administrativo’ (art. 48.º)” (COSTA, op. cit., p. 23).

⁴⁴⁹ COSTA, op. cit., pp. 26/27.

⁴⁵⁰ “O art. 46.º, n.º 3 LCJ dispõe que a fase judicial se destina a decidir “sobre a concessão da extradição por procedência das suas condições de forma e de fundo”. Ou seja, a fase judicial destina-se a apurar as condições normativas que é necessário verificarem-se para que a extradição seja concedida. Dizendo do modo contrário, ela destina-se a verificar a inexistência de obstáculos normativos à extradição” (COSTA, op. cit., p. 27).

de circunstâncias definidas na LCJ cuja verificação constitui os tribunais num dever ou faculdade de a rejeitar de modo peremptório”⁴⁵¹.

Exclusivamente para a extradição de nacionais portugueses, a CRP exige, em seu Artigo 33.º, § 3.º, que “a ordem jurídica do Estado requisitante consagre as garantias de um processo justo e equitativo” (redação reproduzida no artigo 32.º, § 2.º, c, da LCJ). Por sua vez, a LCJ dá maior densidade à redação constitucional, ao vincular o conceito de processo equitativo às “exigências da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria ratificados por Portugal” (artigo 32.º, § 4.º, da LCJ). É de notar que o texto normativo não inclui, explicitamente, a necessidade de uma avaliação empírica (ou seja, a possibilidade de *real* denegação de um processo equitativo *apesar* da existência de normas jurídicas garantidoras no Estado requisitante). Todavia, impende ressaltar que, relativamente à análise das garantias quanto à não aplicação das penas de caráter perpétuo ou indefinido, a LCJ tenha sido mais ampla ao prescrever a necessidade de tomar em conta também a prática do Estado requerente (artigo 6.º, § 3.º)

Note-se que Portugal possui a tradição, no seu ordenamento jurídico, de garantir que será respeitado ao extraditando o direito a um processo equitativo. Veja-se que, aquando ratificou a Convenção Europeia de Extradução de 27 de Abril de 1977, Portugal formulou diversas reservas, na Resolução da Assembleia da República n.º 23/89, duas das quais relativas à equidade processual, nomeadamente: a não concessão do pedido quando o julgamento por Tribunal de exceção (Artigo 1º, a), e – mais impressionantemente - a não concessão da extradição “quando se prove que serão sujeitas a processo que não oferece garantias jurídicas de um procedimento penal que respeite as condições internacionalmente reconhecidas como indispensáveis à salvaguarda dos direitos do homem (...)”⁴⁵². A genericidade desta última ressalva pode ser compreendida, *mutatis mutandis*, como uma relativização do *non-inquiry* já adiantada pela Assembleia da República em comparação às normas internacionais então vigentes.

É importante ressaltar que, pelo exposto na secção 2.3 dessa dissertação, não parece ser suscetível de polémica que a decisões sobre um pedido de extradição brasileiro

⁴⁵¹ COSTA, op. cit., p. 31.

⁴⁵² Resolução da Assembleia da República n.º 23/89. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/618463>

por parte de Portugal deve ser fundamentada, primeiramente, no respeito aos princípios da CEDH, e não ao cumprimento da Convenção de Extradicação da CPLP, uma vez que a norma de hierarquia superior deve prevalecer sobre a norma de hierarquia inferior. Além disso, ainda que a CPLP (ao contrário do antigo tratado bilateral de extradição entre Brasil e Portugal de 1991, em seu art. III, h), não tenha previsto expressamente a causa de recusa do desrespeito aos direitos processuais no país requerente, CANOTILHO e BRANDÃO defendem a existência de uma “cláusula da prevalência de direitos humanos”, a qual seria “legitimadora da emergência de uma hierarquia dentro do direito internacional a partir de conceitos como o de *jus cogens*, de efeitos *erga omnes*, da judicialização e jurisdicionalização dos direitos humanos”⁴⁵³.

De todo modo, é assente que dos tribunais portugueses, mormente do STJ, espere-se uma análise criteriosa da garantia dos direitos e liberdades fundamentais consagrados na Convenção, tanto nos pedidos de extradição, quanto nos processos em geral, não apenas pela força normativa do direito interno, mas também pelo princípio da subsidiariedade. Segundo tal princípio, cabe primariamente aos Estados signatários garantir os direitos da Convenção, sendo o Tribunal Europeu apenas “uma salvaguarda para violações que não foram remediadas a nível nacional”, como consta da Declaração de Brighton⁴⁵⁴. Por sua vez, no âmbito do direito da União Europeia, como lembra CALLEWAERT, o TJUE, no caso *Pupino*, ao estabelecer que o direito europeu “deve ser interpretado e aplicado de modo a obedecer à Convenção, como interpretada pelo Tribunal de Estrasburgo”, também evidenciou que cabe primariamente às Cortes nacionais a responsabilidade quanto a esse cumprimento⁴⁵⁵. Portanto, após a seleção de alguns acórdãos no DGSI sobre o tema da extradição em face do direito a um processo justo e equitativo, serão apresentados alguns casos analisados pelo STJ, sob a perspectiva dos métodos analíticos do Tribunal Europeu.

⁴⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 136. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1419>

⁴⁵⁴ TEDH. *Declaração de Brighton*. Conferência de Alto Nível sobre o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, abr/2012. Disponível em: www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, § 3. Para melhor compreensão do princípio da subsidiariedade, cfr. KLEINLEIN, Thomas. *The procedural approach of the european court of human rights: between subsidiarity and dynamic evolution*. International & Comparative Law Quarterly, v. 68, n. 1, 2019

⁴⁵⁵ CALLEWAERT, Johan. *The European Court of Human Rights and the area of freedom, security and justice*. In: v ERA Forum. Springer-Verlag, p. 511-518, 2007, p. 517.

De início, convém notar que o TRL, em acórdão de 17/11/2011, já denegou uma extradição, a pedido dos EUA, com fundamento na denegação do processo equitativo⁴⁵⁶. No caso, entendeu a Relação que o processo originário se contrapunha ao princípio do cumprimento da pena num prazo razoável, visto que se tinham passado 41 anos da data do facto delitivo até ao efetivo pedido de extradição⁴⁵⁷. É interessante reparar que o TRL, embora tenha feito várias referências à CEDH⁴⁵⁸, não chegou a utilizar os termos “flagrante denegação” ou “risco real”, nem feito qualquer menção a *Soering*.

O STJ, por sua vez, em acórdão de 03/02/2016⁴⁵⁹, analisou o recurso interposto por um cidadão ucraniano contra acórdão do TRL que deferiu a sua extradição para o país de origem, em razão da suposta prática do crime de lesão corporal de natureza grave⁴⁶⁰. O extraditando alegou que o pedido deveria ser negado, devido ao estado de instabilidade política e conflito civil e militar na Ucrânia durante a Crise (ou Revolução) de 2014, o que implicaria na denegação de um processo justo e equitativo, ou até mesmo a ausência de julgamento, visto que o recorrente seria, alegadamente, mobilizado para participar do conflito⁴⁶¹.

Ao analisar o pedido, com base na causa de recusa do Artigo 6º, alínea a), da LCJ, o Supremo encampou, ao final, a fundamentação expandida pelo Tribunal de Relação, para o qual as garantias diplomáticas oferecidas pela Ucrânia (de que, nos termos dos tratados internacionais, o extraditando se beneficiaria “de todos os instrumentos de defesa, incluindo advogados”, e não seria submetido a “tratamentos cruéis ou degradantes”), seriam suficientes, inexistindo “razão objetiva alguma para descrer da veracidade ou honestidade intelectual da prestação dessas garantias”⁴⁶². Impende ressaltar que, nesse caso, o Supremo tomou partido da tese de que não basta o a notoriedade da “situação geral” do Estado requisitante, cabendo ao extraditante comprovar os riscos concretos e específicos após a extradição⁴⁶³.

⁴⁵⁶ Ac. do TRL de 17-11-2011, Proc. n.º 759/11.0YRLSB-3, Relator Jorge Raposo

⁴⁵⁷ Ac. do TRL de 17-11-2011, cit., ps. XVII e XVIII.

⁴⁵⁸ Ac. do TRL de 17-11-2011, cit., ps. XIX e XVI.

⁴⁵⁹ Ac. STJ de 03/02/2016, Proc. n.º 538/14.2YRLSB.S2, 3ª S., Relator João Silva Miguel.

⁴⁶⁰ Ac. STJ de 03/02/2016, cit., § 1º.

⁴⁶¹ Ac. STJ de 03/02/2016, cit., § 2º.

⁴⁶² Ac. STJ de 03/02/2016, cit., § 26

⁴⁶³ Ac. STJ de 03/02/2016, cit., § 28.

Vê-se, portanto, que o STJ – na mesma linha da Relação de Lisboa – entendeu que as garantias diplomáticas seriam suficientes para afastar possíveis violações ao Artigo 6º da CEDH, embora tenha sido feita referência unicamente à garantia de representação processual. Além disso, a razão apontada pelo STJ e pelo TRL para a confiança nessas garantias é, no mínimo, questionável: a ratificação, pela Ucrânia, da Convenção Europeia de Extradicação, “imbuída esta como está do respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana”⁴⁶⁴

Ademais, a oferta de garantias diplomáticas parece ter grande relevância para o Supremo. Todavia, em sua fundamentação, o Tribunal não explica se tais garantias, “na sua aplicação prática”, são bastantes para assegurar que o requerente se protegido de um tratamento contrário aos princípios da Convenção, como exigiu o TEDH em *Saadi c. Itália*⁴⁶⁵. O Tribunal Europeu em *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, antes de aceitar que as garantias diplomáticas eram suficientes no caso, ressaltou que elas “não são em si mesmas suficientes para assegurar uma adequada contra o risco de maus-tratos”⁴⁶⁶. Com efeito, segundo MICHAELSEN, “há boas razões para indicar que o conceito de garantias diplomáticas é intrinsecamente falho”, uma vez que presume a confiança no bom comportamento de Estados “conhecidos por violarem obrigações de direitos humanos”⁴⁶⁷. Além disso, poucas referências costumam ser feitas a dados empíricos, sejam relativos às condições gerais do Estado requisitante, sejam relativos às condições concretas do extraditando, quanto à existência de risco real.

O STJ, mais recentemente, em acórdão de 11/01/2018⁴⁶⁸, foi levado a analisar um pedido de extradição cidadão brasileiro, cuja extradição foi requerida pela República do Uruguai, para o julgamento de factos puníveis como crimes de fraude, apropriação indevida e lavagem de dinheiro, supostamente praticados em 2015. O Tribunal de Relação de Lisboa deferiu o pedido. Entre outras alegações, o extraditando aduziu que estariam

⁴⁶⁴ Ac. STJ de 03/02/2016, cit., § 21.

⁴⁶⁵ *Saadi c. Itália*, cit., § 148.

⁴⁶⁶ *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido* (q. n.º 8139), 4ª S., 17/02/2012, § 187.

⁴⁶⁷ Para ele, até à decisão em *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, de afastar a violação ao Artigo 3º em razão das garantias diplomáticas, enfraquece “a aplicação do princípio do *non-refoulement* no contexto tradicional do Artigo 3º da CEDH” (MICHAELSEN Christopher. *The renaissance of non-refoulement? The Othman (Abu Qatada) decision of the European Court of Human Rights*. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 61, n. 3, 2012, p. 764.

⁴⁶⁸ Ac. do STJ de 11/01/2018, Proc. n.º 1331/17.6YRLSB.S1, 3ª S., Relator Manuel Augusto de Matos.

presentes os requisitos negativos da cooperação judiciária, nos termos do Artigo 6.º, 1, *a*, da LCJ, em razão de⁴⁶⁹:

(...) inequívocas fragilidades do sistema de realização da justiça na República Oriental do Uruguai, que mudou em 01 de Novembro de 2017 o sistema de processo penal do inquisitório para o acusatório; duvidosas condições de reclusão, a que o Recorrente, eventualmente, ficaria sujeito, caso fosse condenado, atentas as agressões recorrentes de que são vítimas os reclusos naquele país, facto público e notório, e bem patente nos casos mediáticos referidos.

O Supremo refutou a alegação, subscrevendo, em parte, os argumentos do Ministério Público e do acórdão recorrido. Em síntese, entendeu que: a) a existência de uma fase processual inicial, sujeita ao princípio inquisitório, não impediria o exercício dos direitos processuais por parte do extraditando; b) o Uruguai, porque ratificara a Convenção Americana, o PIDCP, e a Convenção da ONU Contra a Tortura, oferecia garantias ao processo equitativo idênticas às da CEDH; c) quanto à sobrelotação carcerária, o extraditando haveria de encontrar “uma população prisional menos sobrelotada do que em Portugal e muito menos do que no seu país de origem e alvo de menos reparos a nível internacional”⁴⁷⁰.

O caso mais relevante de extradição analisado pelo STJ, para os fins do presente estudo, é o pedido de extradição derivado da “Operação Lava-Jato” (caso Raul Schmidt)⁴⁷¹. Tratou-se de um pedido de extradição do Brasil de um brasileiro nato, naturalizado português em 14/12/2011, para ser submetido a procedimento criminal pelos crimes de corrupção, branqueamento de capitais e organização criminosa. Questionava-se a aplicabilidade da proibição de extraditar nacionais (artigo 33.º, §§ 1.º e 3.º, da CRP), considerando que a legislação brasileira prevê, igualmente, inúmeras causas de recusa, dentre elas a proibição de extraditar nacionais, em qualquer hipótese, mas não a de expulsar/extraditar brasileiros naturalizados⁴⁷².

⁴⁶⁹ Ac. do STJ de 11/01/2018, cit., p. I-5 / 2, *b*.

⁴⁷⁰ Ac. do STJ de 11/01/2018, cit., p. II-2.4.2

⁴⁷¹ Ac. STJ de 07/09/2017, Proc. n.º 483/16.7YRLSB.S1, 5ª S., Relator Francisco Caetano, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/13C2B3ACBA9A82A9802581BB004FAD6E>.

⁴⁷² As causas estão previstas no artigo 77 Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80). São elas: “(i) proibição de extraditar nacionais; (ii) necessidade de considerar o fato crime no Brasil ou no Estado requerente — requisito da dupla tipificação; (iii) se o Brasil for competente para julgar o crime; (iv) imposição de pena igual ou inferior a um ano na legislação brasileira, (v) extraditando já tiver sido condenado ou estiver cumprindo pena — vedação ao ne bis in idem; (vii) impossibilidade de extraditar quando o fato constituir

O STJ, no caso, manteve o acórdão da Relação de Lisboa, ao fundamento de que estaria preservada a reciprocidade, visto que⁴⁷³:

[s]e Portugal pode pedir ao Brasil a extradição de um português naturalizado brasileiro por quaisquer ilícitos criminais, cometidos em Portugal antes da obtenção da nacionalidade brasileira (...), também reciprocamente o Brasil poderá pedir a extradição de brasileiro naturalizado português (...) por crimes relacionados com a criminalidade internacional organizada eventualmente cometidos no Brasil antes da obtenção da nacionalidade portuguesa.

Importa, para o presente estudo, apontar de que modo o Supremo analisou a matéria da possível violação do Artigo 6.º da CEDH no caso. Relativamente à inobservância do processo justo e equitativo, o extraditando alegou⁴⁷⁴:

a) – O CPP brasileiro não distinguir entre juiz de instrução e juiz de julgamento; b) – haver violação do princípio do juiz natural dada a incompetência territorial do tribunal (...) e o facto de a suspensão da distribuição processual ao juiz do processo (...) excepcionar os processos conexos com os aí pendentes; c) – no uso de acordos de “delação premiada”; d) – uso abusivo do instituto de prisão preventiva; e) – conduta (abusiva) do juiz do processo e f) – o sistema penitenciário é indigno e desumano.

A argumentação utilizada pelo STJ, nesse ponto, é reveladora. De início, afirma genericamente não caber “uma análise crítica do sistema de justiça brasileiro”, razão pela qual não poderia apreciar a equidade de “figuras processuais de direito probatório nele vigente, como a ‘delação premiada’” (a respeito da qual, a seguir, já não mais se manifesta). Em seguida, afirma que o Brasil é hoje um país democrático; que a Constituição brasileira consagra inúmeros direitos fundamentais; que o Brasil é parte do PIDCP; que o Brasil é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual garante os direitos inerentes ao processo justo e equitativo; que o extraditando dispunha, portanto, “de todo um manancial normativo”, que lhe permitiria ter um processo penal justo e equitativo no Brasil. Ao fim, refutou a tese de violação ao princípio do juiz legal ou natural, porque não estaria demonstrado que o Juízo onde pende o processo fosse “um tribunal adrede criado ao caso dos autos”, ou que os critérios legais brasileiros para a

crime político; (viii) extraditando puder ser submetido a juízo ou tribunal de exceção” (VENANCIO, Daiana Seabra. *O mandado de detenção europeu vs. o mandado de captura do Mercosul: uma análise comparativa*. Revista do Programa de Direito da União Europeia, n. 2, 2012, p. 46).

⁴⁷³ Proc. n.º 483/16.7YRLSB.S1, p. XIV.

⁴⁷⁴ Proc. n.º 483/16.7YRLSB.S1, p. 4, b.

suspensão da distribuição processual pudessem fazer dele um “um tribunal de exceção”⁴⁷⁵.

Portanto, vê-se que o STJ tende a analisar possíveis violações ao processo equitativo por meio de circunvoluções quanto à adesão formal dos Estados requisitantes aos princípios gerais de direitos humanos e das liberdades fundamentais (ou, na expressão inglesa, ao chamado “*law in books*”). Todavia, não se fazem esclarecimentos sobre o motivo pelo qual tal adesão seria bastante para afastar possíveis violações a dispositivos da Convenção – e, de modo especial, ao seu Artigo 6.º, em contrariedade a certos precedentes do TEDH⁴⁷⁶. Por sua vez, o TJUE já decidiu que um país terceiro só pode ser considerado seguro “não apenas se tiver ratificado a Convenção de Genebra e a CEDH mas também se respeitar as suas disposições”⁴⁷⁷, de modo que “a simples ratificação das Convenções por um Estado não pode ter como consequência a aplicação de uma presunção inilidível de respeito destas Convenções por esse Estado”. Diferencialmente, nesse caso, o TJUE entendeu que se deveria aplicar o mesmo princípio aos próprios Estados-membros⁴⁷⁸.

É curioso notar, por fim, quanto ao último ponto da alegação da defesa em *Raul Schimitd* (as péssimas condições carcerárias no Brasil), a pouca sintonia do STJ com a decisão do TJUE em *Aranyosi e Caldararu*, e com a jurisprudência TEDH. É verdade que não apenas em Portugal, mas em outros países, ainda se observarem inúmeras resistências nas cortes locais à aplicabilidade dos entendimentos do TEDH no direito interno⁴⁷⁹. Todavia, a referência concreta aos testes utilizados por esses tribunais, mesmo que para afastar o reconhecimento do direito individual, seria necessário para a garantia dos interesses da segurança jurídica, da previsibilidade e para a possibilidade de aferição da garantia efetiva dos direitos da CEDH. A falta desses critérios se evidencia, a propósito,

⁴⁷⁵ Proc. n.º 483/16.7YRLSB.S1, *ibidem*.

⁴⁷⁶ Cfr. *Saadi c. Itália*, § 147: “a existência de leis internas e a adesão a tratados internacionais que garantem o respeito aos direitos fundamentais em princípio não são, em si mesmas, suficientes para assegurar a adequada proteção contra o risco de maus tratos onde (...) confiáveis fontes reportam a prática, utilizada ou tolerada pelas autoridades, manifestamente contrárias aos princípios da Convenção”.

⁴⁷⁷ Ac. TJUE de 21/12/2011 nos Processos C-411/10 e C-493/10, G. S., §§ 102/103.

⁴⁷⁸ Ac. TJUE de 21/12/2011, cit., § 103.

⁴⁷⁹ Na Itália, por exemplo, verifica-se uma resistência aos entendimentos do TEDH “sobre aspectos procedimentais” – nomeadamente, às interpretações quanto ao Artigo 6º (POLLICINO, Oreste; RANDO, Giancarlo. Judicial cooperation and multilevel protection of the right to liberty and security in criminal proceedings. The influence of European Courts’ case-law on the modern Constitutionalism in Europe. In: Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. Springer, Heidelberg, 2013, p. 80).

nas perguntas formuladas, de seguida à apresentação de queixa ao TEDH, pelo juiz de turno a Portugal, cuja principal preocupação demonstrava ser “em qual centro de detenção no Brasil o requerente será mantido preso”, ou se haviam sido solicitadas garantias diplomáticas ao país “às condições carcerárias ao alto nível de violência nas prisões do Brasil”⁴⁸⁰.

6.3) A questão brasileira: ilustrações do caso Lava-Jato

Admitindo-se que, apesar da metodologia dos casos citados na secção anterior, o STJ e as cortes portuguesas em geral venham a conformar perfeitamente os seus métodos de aferição às exigências do TEDH, a fim de ilustrar a (incerta) aplicação desses mesmos métodos a possíveis futuros questionamentos de violação do Artigo 6.º na aceitação dos pedidos de extradição brasileiros, em razão da falta de garantias do direito ao um processo justo e equitativo no Brasil, foram selecionadas duas controvérsias próprias à operação Lava Jato as quais, inclusive, foram objeto de alegação pela defesa no caso Raul Schmidt⁴⁸¹: as dúvidas quanto à imparcialidade do juiz, pela falta de distinção do juiz de instrução no Brasil, e a voluntariedade da obtenção das delações premiadas dos arguidos preventivamente presos, em face das más condições carcerárias no Brasil.

6.3.1) A “competência pela prevenção” e a imparcialidade do Tribunal

Nessa subsecção, interroga-se se o modelo processual penal vigente no Brasil de atração de competência pela prevenção do juiz que atuou na fase instrutória, previsto no art. 83 do CPP brasileiro, pode configurar uma “flagrante denegação de justiça” nos termos da jurisprudência do TEDH. Pela redação do mencionado dispositivo legal, a chamada “competência pela prevenção” ocorre quanto, ao concorrem dois ou mais juízes igualmente

⁴⁸⁰ Q. n.º 12.836/18 (TEDH - medida cautelar). Intimação de 16/04/2018. Disponível em: www.conjur.com.br/dl/decisao-tribunal-europeu.pdf. Último acesso: 01/04/2019: “Em 16 de Abril de 2018, a Corte (o juiz de turno) decidiu, no interesse das partes e do bom desenrolar do processo, indicar ao Governo de Portugal, nos termos do art. 39 do Regulamento, que o requerente não deve ser extraditado até 2 de maio de 2018 (inclusive).

⁴⁸¹ Proc. n.º 483/16.7YRLSB.S1, p. 4, b, mais especificamente, os pontos a), c), d) e f) da defesa.

competentes ou com jurisdição cumulativa, “um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa” (ou seja, ainda que na fase do inquérito)⁴⁸². Como explica NUCCI, no caso de o magistrado ser levado a proferir decisões no inquérito, torna-se “*prevento* para julgar o caso, bem como as infrações conexas ou continentais”⁴⁸³ - sendo curioso notar que a expressão “juiz *prevento*”, no vocabulário dos juristas brasileiros, tornou-se sinônimo, por metonímia, de “juiz competente”, sendo utilizado no dia a dia dos tribunais do país⁴⁸⁴. Resumidamente, portanto, qualquer medida do inquérito (ou contra qualquer dos seus atos), que demande decisão judicial (buscas e apreensões, ações de *habeas corpus*, mandados de segurança, decretação de prisões cautelares, etc.), será remetida ao Poder Judiciário para distribuição - o que se dá segundo as regras normais de competência -, a partir da qual todas as decisões relativas ao mesmo inquérito ou acusação, até à sentença, serão da competência do mesmo juiz, que primeiro despachou nos autos.

Pode-se dizer que tal regra afronta o direito a que a causa seja analisada por um “tribunal independente e imparcial”, como prevê o Artigo 6.º, § 1.º, da CEDH? Como explica ANDREEVSKA, independência e imparcialidade são conceitos distintos, embora o TEDH “nunca tenha traçado uma fronteira clara entre os dois conceitos”: a primeira refere-se ao tipo de relação existente entre o juiz e o executivo; a segunda, à relação entre os juízes e as partes em litígio⁴⁸⁵. A imparcialidade do Tribunal está, claramente, no rol dos direitos fundamentais, sendo um verdadeiro “princípio supremo do processo”⁴⁸⁶, nos termos de ALONSO. Nesse sentido, TRECHSEL a define como o “estado mental em que o mérito é ponderado em perfeito equilíbrio entre as partes, sendo sinônimo de ‘não

⁴⁸² Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

⁴⁸³ Cfr. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, pg. 273.

⁴⁸⁴ Um exemplo desse uso linguístico nos acórdãos brasileiros: “o juízo que determina a interceptação telefônica, sendo a primeira decisão nos autos, torna-se *prevento* para o julgamento da causa” (HC 170.212/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012). Disponível em: www.stj.jus.br/sites/STJ

⁴⁸⁵ ANDREEVSKA, Elena. *The European Convention On Human Rights and the rights related to Article 6 under the ECHR jurisprudence: Independent and Impartial Tribunal established by law*. Challenges of the Knowledge Society, 2014, p. 241

⁴⁸⁶ ALONSO, Pedro Aragoneses, apud LOPES JR., pg. 62. Com efeito, o TEDH já decidiu que é de fundamental importância que o Tribunal, em qualquer instância - e de modo especial nos processos de natureza criminal - “inspire a máxima confiança na sociedade e, sobretudo (...) no próprio acusado” (*Kyprianou contra Chipre* (q. n.º 73.797/01), 15/12/2005, § 118).

partidarismo’ ou neutralidade”⁴⁸⁷, e o TEDH, em várias decisões, já conceituou a imparcialidade como a “ausência de prejulgamento ou preconceitos”⁴⁸⁸.

Ao analisar a matéria, o TEDH normalmente reitera, também, a distinção entre a abordagem subjetiva, que implica no esforço para certificar a convicção ou o interesse pessoal de determinado juiz num determinado caso, da abordagem objetiva, a qual implica em averiguar se o magistrado oferecia “garantias suficientes” para excluir qualquer dúvida legítima a esse respeito, do ponto de vista de um observador externo⁴⁸⁹. A imparcialidade subjetiva refere-se às disposições internas do magistrado, sendo de difícil apreciação e, portanto, presumida até à prova em contrário. Já a imparcialidade objetiva refere-se à questão de saber se “o modo do qual o Tribunal está composto ou organizado, ou certas coincidências ou sucessões de funções de um dos seus membros, podem gerar dúvidas quanto à imparcialidade do Tribunal ou daquele membro”⁴⁹⁰. Portanto, como explica SANTORO, a imparcialidade objetiva deve ser avaliada pela teoria da aparência, segundo a qual é necessário verificar “se o caso oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima acerca da imparcialidade daquele magistrado ao decidir”, e se “o medo do acusado de que o juiz seja parcial pode ser justificado objetivamente, pelas circunstâncias de aparência que se criam”⁴⁹¹.

Naturalmente, está fora do escopo desse trabalho apresentar os pormenores desse princípio. Todavia, considerando que se firmou o entendimento, após *Soering*, de que nem todas as inobservâncias de direitos humanos podem servir como obstáculo à cooperação

⁴⁸⁷ Completa o autor não seria realístico exigir dos juízes que não cometessem erros, todavia “tais erros devem ser de boa fé, e não baseado em preferências e preconceitos” (TRECHSEL, Op. Cit.).

⁴⁸⁸ Num dos mais tradicionais precedentes a respeito da matéria, o caso *Piersack c. Bélgica* (q. nº 8.692/76), 26/10/1984, afirma-se que “*impartiality normally denotes absence of prejudice or bias*” (§ 30). Mesma expressão utilizada no caso *Kyprianou c. Chipre* (2005), § 118.

⁴⁸⁹ Como, p.ex., em *Kyprianou c. Chipre* (Idem, ibidem): “*the Court has thus distinguished between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case, and an objective approach, that is determining whether he or she offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (...). As to the second test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which may raise doubts as to its impartiality*” (§ 119).

⁴⁹⁰ ANDREEVSKA, Elena, op. cit., 2014, p. 243.

⁴⁹¹ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei no 12.850/2013. in ESPÍNEIRA, Bruno e CALDEIRA, Felipe (orgs.), *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello* – 2ª Ed., Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017., p. 453.

judiciária internacional⁴⁹², faz-se necessário, para os fins dessa dissertação, estimar o grau de importância ínsita ao direito à imparcialidade do tribunal, dentre os direitos relativos “*fair trial*”. Ora, como já apontado na subsecção 3.5.3, em casos como *Ergin c. Turquia*, o TEDH esposou o entendimento de que um Tribunal a que faltem os atributos da independência e imparcialidade, em nenhuma hipótese, poderá “garantir um processo equitativo às pessoas sujeitas à sua jurisdição”⁴⁹³. Alguns estudiosos tendem a convergir no sentido de que a imparcialidade constitui o núcleo do devido processo legal, a sua verdadeira essência. Para SAHINKAYA, a independência e a imparcialidade do tribunal são as “mais importantes garantias dentre as previstas no Artigo 6 da CEDH”⁴⁹⁴. Por sua vez, HARTMANN defende que a análise de “violação flagrante” é fácil caso fique provado que “o arguido não terá, ou não teve, acesso a um tribunal independente e imparcial”⁴⁹⁵.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, no Comentário-Geral nº 32, dispõe que “a exigência de competência, independência e imparcialidade do tribunal no sentido do art. 14, parágrafo 1, é um direito absoluto que não está sujeito a qualquer exceção”⁴⁹⁶. Na jurisprudência não é diferente. No já referido caso *Al-Moayad c. Alemanha*, o TEDH afirmou que se verifica, “indubitavelmente”, flagrante negativa do devido processo legal, nos casos em que uma pessoa “é detida por causa de suspeita de que estava a planejar, ou cometeu, um crime sem ter qualquer acesso a um tribunal independente e imparcial de ter a legalidade de sua detenção revisada”⁴⁹⁷. Avulta, então, como pacífico que a análise da imparcialidade, nos termos do Artigo 6.º, é relevante para fins de extradição.

⁴⁹² Como explica STESENS, “*in the Soering decision of the European Court of Human rights it became clear that not every infringement of a human rights provision stands in the way of international co-operation, an outcome which is probably at least in part attributable to the fact that human rights provisions were conceived with respect to internal and not to international procedures*” (STESSENS, Guy. *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pag. 256).

⁴⁹³ *Ergin c. Turquia*, cit., §§ 55-56.

⁴⁹⁴ SAHINKAYA, Yalçın. *Extraterritorial effect of right to a fair trial: how to test the flagrant denial of a fair trial in extradition cases under international human rights law*, In *Human Rights Review*, Volume III, n. 2, Dez/2013, pg. 38.

⁴⁹⁵ HARTMANN, Jacques. Op. Cit., pg. 47.

⁴⁹⁶ CCPR - Human Rights Committee - General Comment n. 32, § 19.

⁴⁹⁷ TEDH, *Al-Moayad contra Alemanha*, (q. n.º 35.865), 4ª Sec., 20/02/2007, § 101.

Os problema relativo à garantia da imparcialidade em face da interferência no julgamento do juiz que atuou na instrução foi tangenciado pela primeira vez pelo Tribunal de Estrasburgo no caso *Piersack c. Bélgica* (1982), no qual o TEDH decidiu que o julgamento do mérito não passava no teste objetivo de imparcialidade, pois o juiz que presidiu a sessão de julgamento havia sido chefe do departamento da Procuradoria de Justiça em que o arguido fora alvo de inquérito⁴⁹⁸. Embora a Corte tenha dado um forte indicativo jurisprudencial no mencionado caso, foi apenas em *De Cubber c. Bélgica* que ela foi levada a manifestar-se, precisamente, sobre o exercício sucessivo das funções de juiz de instrução e juiz do mérito por uma mesma pessoa, num só processo⁴⁹⁹. Nesse caso, analisava-se a imparcialidade objetiva de um magistrado - cujo nome, sugestivamente, era Pilate, juiz de instrução no município de Oudenaarde. Resumidamente, os factos se passaram da seguinte maneira: no ano de em 1977, o Sr. de Cubber (que já houvera sido alvo de vários processos criminais, alguns deles julgados pelo próprio juiz Pilate), foi preso e interrogado sobre uma suposta participação num crime de furto de veículos. No dia seguinte, o referido magistrado expediu um mandado de prisão, sob o fundamento de prática do crime de falsificação de documentos⁵⁰⁰.

Depois das investigações preliminares, o Tribunal de Oudenaarde determinou a reunião de três casos relacionados a De Cubber e levou-os a julgamento em 1979. Na ocasião, foram acusadas quinze pessoas, supostos participantes de um grupo criminoso chefiado pelo arguido. A Corte designou para o julgamento uma câmara composta por dois juízes e um presidente, dentre os quais, o próprio juiz Pilate, cuja presença foi questionada oralmente pela defesa, sem efeito. Nessa sessão, De Cubber foi absolvido de duas acusações, sendo condenado pela remanescente a uma pena de cinco anos e multa⁵⁰¹. Irresignado, recorreu ao Tribunal da Relação, fase em que sua pena foi diminuída a três anos de prisão, e a multa foi reduzida à razão de dois terços⁵⁰². Ainda insatisfeito, o arguido recorreu à Corte de Cassação belga, alegando violação ao art. 292 do Código Judicial Belga e ao art. 6º da CEDH, ao argumento de que o Dr. Pilate não poderia ter

⁴⁹⁸ Cf. HARRIS, David; O'BOYLE, Michal; WARBRICK, Colin (Orgs.), op. cit, p. 292.

⁴⁹⁹ *De Cubber contra Bélgica* (q. n.º 9.186/80), 14/09/1987, § 8.

⁵⁰⁰ *De Cubber contra Bélgica*, cit., §§ 8 et seq.

⁵⁰¹ *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 12.

⁵⁰² *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 13.

conduzido a investigação preliminar e atuado, em seguida, como juiz na Corte. Tais argumentos foram rejeitados⁵⁰³.

Levado a apreciar a causa, o TEDH tratou de expor primeiro as funções e poderes então atribuídos aos juízes de instrução na Bélgica. Naquela época, o seu múnus era o de conduzir a investigação judicial preparatória, a fim de reunir evidências e estabelecer provas contra ou a favor do acusado, de modo a prover a chamada Câmara do Conselho de material suficiente para que pudesse decidir sobre levar ou não a causa a julgamento. Para facilitar a descoberta da verdade, o juiz de instrução estava investido de alguns poderes, tais como: a) convocar o acusado; b) conduzir o investigado coercitivamente; c) interrogá-lo; d) ouvir as testemunhas e acareá-las; e) visitar e colher provas na cena do crime, etc., tendo ainda amplos poderes para colher provas e evidências⁵⁰⁴. Além disso, o juiz de instrução ostentava a função de oficial da Polícia Judiciária e, nessa condição, estava habilitado para investigar delitos graves e de menor potencial ofensivo, reunir evidência e receber queixas de qualquer pessoa que alegasse haver sido prejudicada por essas ofensas, circunstâncias nas quais ele estava sob a supervisão do procurador geral⁵⁰⁵.

No mérito, a Corte afirmou que não se podia duvidar da imparcialidade subjetiva do juiz Pilate⁵⁰⁶. O mesmo, entretanto, não se sucedia em relação à imparcialidade objetiva. O TEDH reconheceu que a presença do juiz no colegiado que julgou o mérito da ação penal era apta para “gerar legítimo receio por parte do arguido”⁵⁰⁷, sob vários fundamentos: a) a grande amplitude de poderes do juiz de instrução da Bélgica, que deviam ter sido exercidos extensamente no caso, considerando a duração do inquérito; b) a falta de distinção clara entre as atribuições dos oficiais da polícia judiciária e dos juízes de instrução, no âmbito da procuradoria de justiça belga; c) o sigilo do processo de investigação preliminar; d) o facto de o juiz ter determinado a detenção do investigado; e) o facto de o juiz tê-lo interrogado em inúmeras ocasiões durante o inquérito, e f) o facto de o juiz já teria adquirido, ao contrário dos outros colegas, um conhecimento detalhado da

⁵⁰³ *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 14.

⁵⁰⁴ *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 16.

⁵⁰⁵ *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 15.

⁵⁰⁶ *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 25.

⁵⁰⁷ *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 30.

matéria levada a julgamento, o que o levava a exercer uma grande influência sobre a opinião dos demais⁵⁰⁸.

De início, é necessário verificar se o modelo de atuação do juiz brasileiro durante o inquérito seria comparável àquele do juiz de instrução belga, objeto da análise do TEDH no caso *De Cubber*, a fim de verificar se o termo médio constante das premissas pode permitir a correção da inferência. Em segundo lugar, importa verificar se a inexistência de impedimento ao juiz da instrução, no caso brasileiro, implica em “flagrante” negação ao Artigo 6º - ou seja, se se trata de uma violação que está acima do patamar (“*threshold*”) do aceitável, que permitisse a extradição.

Para tanto, o primeiro aspecto é verificar se existe, dentro da moldura estabelecida pelo TEDH no caso *De Cubber*, semelhanças suficientes com o sistema legal adotado no Brasil. Com efeito, esse país tem um modelo de controle judicial do processo investigativo substancialmente distinto do que há em Portugal. Após algumas variações legislativas (em grande parte decorrentes da evolução jurisprudencial)⁵⁰⁹, no sistema português são reduzidas as hipóteses em que o juiz da instrução possa atuar no processo de conhecimento, seja no exercício da competência originária, seja em grau de recurso. De facto, há em Portugal uma distinção institucional dos juízos de instrução em relação aos juízos criminais, conforme prevê o arts. 119 e 120 da Lei nº 62/2013, o que favorece uma divisão de trabalhos mais nítida. Nas hipóteses de deslocamentos funcionais que torne possível a atuação de um mesmo magistrado em diferentes fases do processo, passam a incidir as causas de impedimento previstas nos art. 40 do CPP, que excluem a intervenção do juiz que tiver presidido o debate instrutório, aplicado certas medidas constritivas (a decretação da prisão preventiva, a proibição de condutas e a obrigação de permanência na habitação), recusado a suspensão provisória, ou a forma sumaríssima, por discordar da sanção proposta, entre outros. Todavia, não há uma vedação absoluta à acumulação funcional subjetiva, conforme o Tribunal Constitucional português. No Acórdão nº 297/03, a corte entendeu que, para comprometer a imparcialidade subjetiva do juiz, seria necessário

⁵⁰⁸ *De Cubber contra Bélgica*, cit., § 29.

⁵⁰⁹ “A declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 40º do CPP [pelo Acórdão n.º 186/98], foi a causa da alteração da redação deste preceito, nos termos da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, a ele sendo aditado, como causa de impedimento, o facto de o juiz, no inquérito ou na instrução, ter 'aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do acusado'” (TC, Ac. nº 297/03)

que a atuação do julgador, “pela sua frequência, intensidade ou relevância”, possa conduzi-lo a “pré-juízos ou pré-compreensões sobre a culpabilidade dos arguidos que firam a sua objetividade e isenção”⁵¹⁰.

No sistema brasileiro, como já indicado, vige um sistema pelo qual o juiz que decidiu na fase instrutória não apenas não está “prevento” no sentido europeu (ou seja, impedido), como está prevento no sentido brasileiro (i.e., vinculado ao processo). Tal sistema é alvo de duras críticas de parte da doutrina no país. À frente dela está o LOPES JR., a defender arduamente que “a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência”, porquanto, para ele, a imparcialidade do juiz prevento está comprometida, “não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da investigação preliminar”⁵¹¹. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro já foi levado a analisar a matéria, e decidiu que o magistrado, ao presidir o inquérito, não exterioriza qualquer juízo de valor que “o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”⁵¹². Nesse caso, o STF fundamentou a sua decisão no facto de que o Brasil não adotou o modelo de juízos de instrução, em que “o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária”⁵¹³. Para o Supremo, o juiz brasileiro, ao presidir o inquérito, “apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre factos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”. Para utilizar a terminologia do Tribunal Constitucional português, a atuação do juiz brasileiro, ao proferir decisões no inquérito tem apenas “dimensão garantística”, quer dizer, buscar para averiguar se as medidas invasivas não desrespeitam as garantias individuais⁵¹⁴.

Para fins do efetivo *distinguishing* (ou não), é mister traçar algumas semelhanças e diferenças entre o sistema brasileiro e o modelo belga, objeto da análise do TEDH no

⁵¹⁰ “O Tribunal Constitucional, em várias decisões (v.g., acs. nº29/99, de 13-01-99, DR, II Série, de 13-03-99 e nº297/03, de 12-06-03, DR, II Série de 3-10-03), considerou que não afecta os princípios do acusatório e do contraditório (arts. 32º nºs 1, 2 e 5 da CRP) que estão constitucionalmente associados ao sentido e função das garantias de imparcialidade e isenção do juiz, e intervenção, pontual e não intensa, no inquérito ou instrução, do juiz que posteriormente venha a integrar a formação de julgamento”

⁵¹¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 69.

⁵¹² *Habeas Corpus* nº 92.893, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 02/10/2008.

⁵¹³ *Habeas Corpus* nº 92.893, cit.

⁵¹⁴ *Habeas Corpus* nº 92.893, cit.

caso De Cubber. Definitivamente, não se pode dizer que: a) o magistrado brasileiro possua a mesma amplitude de poderes do juiz de instrução da Bélgica da época do julgamento, mormente porque está vinculado ao princípio da inércia, inclusive em matéria probatória⁵¹⁵; b) não há confusão entre as funções de polícia judiciária, Ministério Público e magistratura judicial no Brasil, pois esta última constitui um poder independente e autônomo, sem subordinação, em nenhuma hipótese, a autoridades não judiciais; c) nos termos da Súmula Vinculante nº 14 do STF, é vedado o sigilo de inquérito, salvo exceções previstas em lei, e por período limitado. Por outro lado, algumas semelhanças existem, a saber: a) normalmente, haverá acumulação funcional subjetiva da decretação de prisões pré-processuais e do julgamento; e b) o juiz entrará em contato com provas possivelmente ilícitas, a fim de proceder, exatamente, à análise da ilicitude.

Aqui, fica evidente que o termo médio “juiz de instrução” não tem sentido igual, numa semântica judicial brasileira, ao que o TEDH utilizou em *De Cubber*. E isso se dá, acreditamos, por razões históricas. Como nos recorda MACHADO, o processo penal que surge com o Código de Instrução Criminal da França em 1808 era caracterizado por seu sistema misto, com uma fase inquisitória, e outra acusatória. Nesse sistema, “a fase de investigação é dirigida por um juiz de instrução sem a possibilidade do contraditório; já a fase de julgamento, presidida por um outro juiz, o juiz da causa, é toda ela realizada sob contraditório e a ampla defesa, no modelo acusatório, sem nenhum resquício de inquisitorialidade”⁵¹⁶. Ou seja, o juiz da instrução atuava, efetivamente, como juiz, oficial de polícia e magistrado do Ministério Público, com “amplos poderes”. Esse modelo, completamente alheio à história processual brasileira, estendeu sua influência pela Europa através da história, sendo um dos últimos resquícios o próprio modelo belga, analisado pelo TEDH em *De Cubber*. A fim de por término a esse sistema, foi que o TEDH quis demonstrar, no julgamento, “não apenas a importância da separação de funções de

⁵¹⁵ Exceção se faz ao art. 156 do CPP, em que se permite a produção de provas por determinação judicial, mas isso só é possível ao fim da audiência (antes, portanto, da sentença, no caso brasileiro), e se restar alguma questão pendente de prova.

⁵¹⁶ MACHADO, Antônio Alberto. Teoria Geral do processo penal. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

investigar e julgar, mas também a concepção de que os processos criminais envolvem duas fases bastante separadas, que demandam por estruturas distintas”⁵¹⁷.

No mais, vale lembrar que, para efeitos estatísticos, a influência negativa do sistema de atração de competência pela prevenção não é tão significativa. Segundo dados do IPEA, "(...) no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos”⁵¹⁸. Ora, do total dos arguidos em Portugal em 2015, segundo dados do PORDATA⁵¹⁹, 66,0% foram condenados, mais de 3,0% a mais do que no Brasil, sendo o número de presos provisórios em Portugal substancialmente menor⁵²⁰. Desse modo, é lícito concluir que a ausência de impedimento ao juiz de instrução não exerce influência contrária aos arguidos brasileiros, ao menos sob o aspecto quantitativo. Outrossim, vale lembrar que o próprio sistema português, a muito pouco tempo, assemelhava-se (sob a perspectiva de ausência de impedimentos) ao brasileiro. Como ensinam FIGUEIREDO DIAS e BRANDÃO, fora do alcance da antiga redação do art. 40 CPP “ficavam as hipóteses em que um juiz recebesse um processo para julgamento depois de nele ter intervindo nas fases do inquérito ou mesmo da instrução e nelas se tivesse limitado à prática de atos jurisdicionais isolados”⁵²¹.

Não se quer, com isso, afastar de qualquer crítica à legislação e à prática processual brasileiras. De facto, reputamos que o modelo pode dar causa, sim, a graves violações do direito à imparcialidade, em determinados casos. Uma interessantíssima explicação desse fenômeno é dada por LOPES JR., ao apresentar uma tese de SCHÜNEMANN quanto à aplicação da teoria da dissonância cognitiva a esse tipo de casos. Segundo essa teoria psicológica, quando existem nos indivíduos quaisquer “crenças

⁵¹⁷ SUMMERS, S. J., *apud* SLUITER, Goran; FRIMAN, Hakan; LINTON, Suzannah; ZAPALLA, Salvatore, VASILIEV, Sergei (orgs). *International Criminal Procedure. Rules and Principles*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, pg. 48.

⁵¹⁸ BRASIL. IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015, pg. 38.

⁵¹⁹ Disponível em: [www.pordata.pt/Portugal/Condenados+no+total+de+arguidos+\(percentagem\)++633](http://www.pordata.pt/Portugal/Condenados+no+total+de+arguidos+(percentagem)++633). Último acesso: 03/06/2017.

⁵²⁰ o número de encarceramentos preventivos equivale a 16% do total de presos em 2015. Disponível em: www.pordata.pt/Portugal/Reclusos+total+e+em+pris%C3%A3o+preventiva-269. Último acesso: 03/06/2017.

⁵²¹ Como explicam os professores FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, segundo a redação originária do art. 40 do CPP, “fora do seu alcance ficavam as hipóteses em que um juiz recebesse um processo para julgamento depois de nele ter intervindo nas fases do inquérito ou mesmo da instrução e nelas se tivesse limitado à prática de atos jurisdicionais isolados (v. g., a autorização de uma busca domiciliária ou de uma escuta telefônica; a aplicação da prisão preventiva; a constituição de um ofendido como assistente; etc.)” (DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal*. Pg. 17).

ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável”, são criados no seu inconsciente “elementos de ‘consonância’ (...) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado”⁵²². Em outras palavras, ao lidar diuturnamente com o inquérito ainda que apenas para exercer funções de garantia (ou para decretar, por exemplo, a prisão preventiva), o magistrado acaba por criar pré-julgamentos ou representações mentais a respeito da culpa ou da inocência do arguido, que haverão de influenciar o seu juízo⁵²³.

Todavia, é necessário que a recusa à extradição não se dê por razões apriorísticas, baseada unicamente por uma análise abstrata da legislação processual brasileiro. Nesse sentido, cremos que o parâmetro a ser adotado é o que o Supremo Tribunal de Justiça utiliza, ou seja, o de que “não afeta o princípio do acusatório e do contraditório, associados constitucionalmente à função de garantia da imparcialidade do juiz, a intervenção pontual e não intensa no inquérito ou na instrução, do juiz que posteriormente vem a integrar a formação do julgamento”⁵²⁴. Nesse aspecto, o próprio TEDH tem aplicado com a mesma temperança o precedente fixado em *De Cubber*. Como lembra SLUITER (*et. al.*), “o que é relevante para a Corte é a extensão e a natureza das medidas pré-processuais tomadas pelo juiz”⁵²⁵. Assim foi decidido, *v.g.*, no caso *Saraiva de Carvalho c. Portugal*, no qual o TEDH entendeu que exarar despacho de pronúncia (equivalente brasileiro ao recebimento da denúncia) não implica em ofensa à imparcialidade objetiva, pois “o ato apenas limita-se a assegurar a existência de indícios suficientes, e o juiz não efetua nenhum ato de instrução ou acusação”⁵²⁶.

Do exposto, conclui-se que apesar de se encontrar numa zona cinzenta, não parece razoável afirmar que o sistema brasileiro de “atração da competência pela prevenção” constitua, *a priori* e em todos os casos, uma “flagrante denegação de justiça”. Por outro lado, é evidente que ele dá margem a possíveis violações casuísticas do direito à imparcialidade do tribunal. A aplicação dos métodos do “grau de atuação do magistrado”

⁵²² LOPES, Aury. Op. Cit., pg. 70.

⁵²³ LOPES, Aury. Op. Cit., *ibidem*.

⁵²⁴ Ac. STJ de 09/03/2006, CJ (STJ), 2006, T1, pág.210: I.

⁵²⁵ SLUITER, Goran; FRIMAN, Hakan; LINTON, Suzannah; ZAPALLA, Salvatore, VASILIEV, Sergei (orgs). Op. Cit., pg. 204.

⁵²⁶ *Saraiva de Carvalho c. Portugal* (q. n.º 15.651/89), 22/04/1994.

e do processo “nunca equitativo”, todavia, não garantem qualquer segurança jurídica ou previsibilidade para a matéria.

6.3.2) A colaboração premiada do arguido preso

A adoção da chamada "delação premiada" no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/2013)⁵²⁷. Em parte, consistiu na satisfação de uma obrigação internacional, visto que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000 ("Convenção de Palermo"), ratificada pelo Brasil (e promulgada através do Decreto n.º 5.015 de 2004), e por também por Portugal (promulgada pela Resolução da Assembleia da República n.º 19/2004)⁵²⁸, prevê a adoção, pelos Estados partes, de "medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados (...) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas" (Artigo 26.º, § 1.º, a), podendo, para tanto, "reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração" prevista na Convenção (Artigo 26.º, 2). Disposição normativa reproduzida, por sua vez, no Artigo 37.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 ("Convenção de Mérida), também promulgada no Brasil (Decreto n.º 5.684/2006) e em Portugal (Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007)⁵²⁹.

Não é o intuito, nessa secção, abordar com profundidade as controvérsias jurídico-dogmáticas sobre a colaboração à luz do ordenamento constitucional, trabalho já realizado com sucesso por CANOTILHO e BRANDÃO no parecer “*Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*”⁵³⁰. Sabe-se, com efeito, da difícil compatibilidade desse instrumento, tipicamente americano, com o sistema acusatório, adotado pelo Brasil e por Portugal; sistema em que vigem, como lembram COUTINHO e

⁵²⁷ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

⁵²⁸ Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/216869>

⁵²⁹ Disponível em: www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-contracorrupcao-0

⁵³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1419>

CARVALHO, os princípios da legalidade e da obrigatoriedade da promoção processual⁵³¹. Ao contrário, no sistema americano, como ensinam COLE e SMITH, "os tomam decisões discricionárias sobre se realizar acusações criminais, quais acusações realizar, e qual sentença recomendar"; e, à exceção de alguns estados, "nenhuma autoridade superior pode revisar ou modificar tais decisões", de modo a serem "mais independentes do que a maioria dos agentes públicos"⁵³². Com efeito, como aponta PEREIRA, há vários e várias regras e princípios elencados por juristas como contrapostos ao instituto da delação, a saber: "o direito ao silêncio, o papel do interrogatório como meio de defesa, o nexó retributivo entre pena e delito, o princípio da materialidade, a moralidade pública, a ampla defesa e o contraditório"⁵³³, além, é claro, da isonomia, "ante o tratamento inclemente ao cúmplice não colaborante em contrapartida à condescendência em relação ao partícipe colaborante"⁵³⁴.

Embora, de facto, a colaboração premiada seja passível de sérias objeções quanto à sua compatibilidade com os princípios constitucionais, a consolidação dessa figura jurídica no sistema jurídico-normativo brasileiro já é um dado de realidade, não só pela legislação promulgada, como pela interpretação pretoriana e parte substancial dos doutrinadores. Tanto que o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, na Ação de *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, referendou o uso do instituto, ao fixar a tese de que⁵³⁵:

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

⁵³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de *apud* SARCEDO, Leandro. *A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*. In Revista dos Advogados de São Paulo. Ano 14, vol. 27 (jan-jun 2011), p. 200. Para uma visão crítica do respeito ao princípio da obrigatoriedade no uso da colaboração premiada na Operação Lava Jato, cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno, *op. cit.*, pp. 161-164.

⁵³² COLE, George; SMITH, Christopher. *The American system of criminal justice*. Thomson Learning, 2007, p. 319.

⁵³³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada – Legitimidade e Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2016.

⁵³⁴ PEREIRA, *op. cit.*, pp. 70/71.

⁵³⁵ STF. *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR - Rel. Min. Dias Toffoli, p. 152. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>.

Outrossim, como já afirmado, para vários especialistas brasileiros, não há qualquer incompatibilidade ou desconformidade constitucional na colaboração premiada. Pedro Jorge COSTA, p. ex., lembra que a colaboração premiada “sequer é o único instituto do direito penal premial que incentiva o agente a falar a verdade”, visto que “de há muito a atenuante da confissão opera analogamente sem a pecha de inconstitucional”⁵³⁶. A esse propósito, FONSECA, apoiando-se no entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, segundo o qual “ligar um efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, não é privar o direito fundamental de não confessar se não se quer”, também não enxerga nenhum vício na sanção premial⁵³⁷. Ressalta, também, a colaboração premiada no Brasil é tida por um *meio de obtenção de prova*, não como *prova* em si mesma; ou seja, não pode ser utilizado para fundamentar uma condenação, mas para obter as provas necessárias para fundamentá-la⁵³⁸. Por fim, numa abordagem funcionalista, realça o interesse público no combate à criminalidade organizada, pois “muitos crimes são do tipo de que as únicas pessoas aptas a dar depoimentos úteis são aquelas nele implicadas”⁵³⁹. No mesmo sentido, ROCHA entende que, no Estado Democrático, “não importa apenas garantir a liberdade individual contra os possíveis excessos do poder punitivo”, sendo necessário também garantir a efetividade da tutela penal: “ao lado da proibição do excesso se coloca a proibição da tutela ineficiente”⁵⁴⁰, que poderia ser minorada através de instrumentos como a delação premiada.

Tais argumentos, curiosamente, não se afastam muito do entendimento firmado pelo TEDH sobre a matéria. Em *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia*, p.ex., o Tribunal Europeu entendeu não existir, a princípio, incompatibilidade da colaboração premiada com a CEDH. Inicialmente, levou em conta o facto de que se tratava de uma “característica comum” dos sistemas processuais europeus a oferta de vantagens legais às pessoas que

⁵³⁶ COSTA, Pedro Jorge do Nascimento, *Silêncio e mentira como prova: a proteção às Organizações Criminosas*, pgs. 182/183, *apud* FONSECA, op. cit., p. 143.

⁵³⁷ Ac. STC n.º 75 (Espanha), Sala Segunda, 25/05/1987, Disponível em: <https://tc.vlex.es/vid/1-2-15033651>. Acesso: 21/03/2019, *in* FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2017, p. 87.

⁵³⁸ FONSECA, op. cit., p. 87.

⁵³⁹ FONSECA, op. cit., p. 60

⁵⁴⁰ ROCHA, Fernando. *Efetividade da tutela penal e colaboração premiada*, *in* ESPÍNEIRA, Bruno e CALDEIRA, Felipe (orgs.), *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello – 2ª Ed.*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017., cap. 35, p. 689.

colaboram com as investigações, concluindo, a partir disso, que não pode haver “nada de impróprio” no instituto em si mesmo, *verbis* (destaques acrescidos)⁵⁴¹:

O Tribunal, além disso, observa que pode ser considerado *uma característica comum no sistema de justiça criminal da Europa* um acusado obter uma diminuição de acusações ou uma redução de sua condenação em troca de uma confissão de culpa ou uma desistência de recursos antes do julgamento, ou por prover cooperação substancial com as autoridades investigativas (...). Não pode haver nada de impróprio nesse processo de negociação de uma acusação ou de uma sentença em si mesma (...).

Naturalmente, tal argumento não deixa de apresentar certo nível de fragilidade. Pode-se efetivamente dizer, com segurança, que da “*comunidade*” (ou *ordinariedade*) de uma característica deriva necessariamente a sua *equidade*? Ora, até a certa altura, a pena de morte e a tortura também não eram dados ordinários ou comuns? Não fosse o bastante, de seguida, o TEDH adota um argumento claramente utilitarista para justificar o *plea bargaining*, dentre os quais, que seria útil para “aliviar a carga de trabalho” dos profissionais do direito, num juízo de ponderação, a propósito, muito próprio, e cujas inconsistências já foram apontadas (cfr. subsecção 3.5.5). *In verbi*⁵⁴²s:

(...) [A] colaboração premiada, além de proporcionar importantes benefícios de abreviar a adjudicação de acusações criminais e *aliviar a carga de trabalho dos tribunais, dos procuradores e advogados*, também pode, se corretamente aplicado, ser um instrumento eficaz no combate à corrupção e ao crime organizado, e pode contribuir para a redução do número de condenações impostas e, por consequência, do número de presos.

Além disso, o Tribunal também reitera que “nem a letra nem o espírito do Artigo 6.º proíbem uma pessoa de renunciar a garantias por livre vontade”, desde que tais regras tenham por finalidade um “interesse público relevante”, e que “as garantias mínimas” sejam atendidas⁵⁴³. Por fim, e o que interessa para esse estudo, o Tribunal Europeu condiciona a validade da colaboração premiada a dois requisitos: a) que a decisão do arguido de aceitar a colaboração premiada tenha ocorrido “de modo genuinamente voluntário”, e b) que o conteúdo da delação e o seu modo de obtenção tenham sido

⁵⁴¹ *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia* (q. n.º 09.043/05), 3ª S., 29/04/2014, § 90.

⁵⁴² *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia*, cit., *ibidem*.

⁵⁴³ *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia*, cit., § 91.

submetidos a “suficiente revisão judicial”⁵⁴⁴. Como se pode ver, destarte, para o TEDH a colaboração premiada não é aprioristicamente incompatível com a Convenção.

De todo o exposto, poder-se-ia dizer que, apesar da imprecisão dos conceitos, não há causas bastantes para que o uso da colaboração premiada possa configurar, a partir de uma avaliação holística (cfr. subsecção 3.5.1 e secção 5.5), uma “flagrante denegação de justiça” para a pessoa delatada (cfr. secção 5.1), considerando: a) que a legislação internacional, nomeadamente, as Convenções de Palermo e de Mérida, preveem e incentivam a criação dessa figura jurídica; b) o TEDH não enxerga incompatibilidade *a priori* do instituto com a Convenção, em razão do relevante interesse público de combater a criminalidade organizada (cfr. subsecção 3.5.5 e secção 4.5); c) a colaboração foi consagrada pelo direito interno do Brasil, que é um estado democrático de direito, cujo ordenamento jurídico prevê garantias do direito a um processo justo e equitativo (cfr. subsecção 6.2); e de) a sua validade, no Brasil, pode ser objeto de ampla revisão judicial, aptas a remediarem ou compensarem possíveis defeitos (cfr. subsecção 3.5.2).

Todavia, tal conclusão deriva apenas de premissas abstratas, não dos dados da realidade. Com efeito, é necessário descer os olhos para esses dados a fim de aferir se uso desse mecanismo processual o Brasil pode levar à conclusão de que o direito a um processo justo e equitativo da pessoa delatada foi flagrantemente denegado, mormente verificando se o requisito da voluntariedade, estabelecido em *Natsvlishvili e Togonidze*, está garantido no caso de um arguido (ou investigado) preso. Para a aplicação do teste da “flagrante denegação”, portanto, deve-se ter em mente o uso brasileiro em paralelo à decisão do TEDH em *Othman* (cfr. secção 5.4), em que o Tribunal acolheu a alegação de infringência ao Artigo 6.º pelo uso de testemunhos de um coarguido obtidos sob tortura⁵⁴⁵.

A questão do pacto de colaboração com os investigados presos é controversa na doutrina brasileira, e foi objeto de apreciação pelo STF na indigitada Ação de *Habeas Corpus* nº 127.483/PR. Nela, o Min. LEWANDOWSKI, em seu voto, defendeu a tese vencedora de que a circunstância de o delator se encontrar na prisão, por si só, “não a anula necessariamente, pois ela – a prisão, desde que legalmente decretada, não tem o condão de

⁵⁴⁴ *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia*, cit., § 92.

⁵⁴⁵ *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia*, cit., § 267.

viciar a sua vontade”⁵⁴⁶. É curioso notar, todavia, que nem ele, nem o ministro relator, apresentam argumentos bastantes para explicar a premissa de que a prisão “não tem o condão” de viciar a vontade do delator. Certos especialistas defensores da delação, no entanto, apontam algumas dessas possíveis razões. Argumenta PEREIRA, p. ex., que negar à pessoa presa o direito de negociar seria uma afronta aos princípios da isonomia e da ampla defesa, porquanto a impediria de fazer uma opção mais favorável a si⁵⁴⁷ (nesse ponto, contudo, leva em conta apenas as garantias processuais do colaborador, e não do arguido delatado). Já FONSECA afirma que “estando presentes os requisitos da prisão cautelar, esta deve ser decretada, e em tendo sido decretada, nada impede que o Estado-acusador firme com o investigado ou acusado preso o acordo”⁵⁴⁸. Reconhece, todavia, que “o custo de perder a liberdade, para os criminosos de colarinho branco, é alto, e muito mais se essa perda é atual”, e que “a prisão preventiva, no presente, o induz [o arguido] a tender a evitar, a qualquer preço, esse custo”⁵⁴⁹. Ao fim, “a partir de uma análise de custo-benefício”, conclui que o Estado-acusador tem o dever de analisar a possibilidade de uma proposta de colaboração para a pessoa presa⁵⁵⁰.

Tal discurso apologético, no entanto, encontra obstáculo na denunciada prática do encarceramento *com o fim* de obter colaboração, apontados por autores como FEROLLA e FRANCISCO NETO⁵⁵¹: “situação diversa que também tem causado repulsa é a utilização de prisões preventivas como forma de fragilização do acusado, expediente maligno implementado em larga medida para se obter novas delações”. Com efeito, esse tipo de uso não é mera especulação: o próprio Ministério Público Federal, numa ação de *habeas corpus*, já chegou a admitir que a prisão cautelar seria necessária “à conveniência da instrução processual”, porque poderia incentivar os investigados presos a “colaborar com a apuração da responsabilidade”, expediente esse que teria “se mostrado bastante fértil nos

⁵⁴⁶ STF. Habeas Corpus n.º 127.483/PR - Rel. Min. Dias Toffoli, p. 152. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>.

⁵⁴⁷ PEREIRA, op. cit., p. 64.

⁵⁴⁸ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte, Del Rey, 2017, p. 228/229.

⁵⁴⁹ *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR (cfr. FONSECA, op. cit., p. 232).

⁵⁵⁰ FONSECA, op. cit., *ibidem*.

⁵⁵¹ FEROLLA, Guido; FRANCISCO NETO, João. As mazelas da colaboração premiada in ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe, *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello* – 2ª Ed., Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 185.

últimos tempos”⁵⁵². O próprio PEREIRA admite que “o instituto da prisão preventiva pode tornar-se, caso mal utilizado, o instrumento principal de provação da atitude colaborativa, levando o imputado quase à condição de meio de prova”⁵⁵³. Contudo, em referência indireta à operação Lava Jato (em que as prisões cautelares foram referendadas pelos tribunais superiores), defendeu que, uma vez garantido o direito de recurso e feita a análise do cabimento legal das prisões pelos tribunais e verificada a presença dos pressupostos da prisão cautelar, “superada estará a eventual alegação de que a prisão tem por pretexto, ainda que encoberto, a tentativa de impelir o agente a colaborar”⁵⁵⁴. Contra isso, Leonardo COSTA lembra que os pressupostos da prisão cautelar no Brasil são vagos e ambíguos, apontando, p ex., os diversos argumentos diferentes que podem subsidiar a constrição para “garantia da ordem pública” – o que torna possível “construir de forma artificial uma justificativa aplausível (aparentemente lícita) para dar aparências de cautelaridade a um ato que pode, muito bem, ter outras finalidades”⁵⁵⁵. Para ele, “malgrado a prisão cautelar, em si, não configure supressão absoluta da vontade individual, a sua utilização como forma de castigo com fins de persuasão pode retirar do indivíduo sua liberdade psíquica”⁵⁵⁶.

O facto, entretanto, é que dentre as "ofertas" que podem ser feitas pelo Ministério Público a um colaborador está, por exemplo, a de cumprimento de pena em regime de proteção de testemunhas. Ora, uma vez que o colaborador adere a esse regime, se estiver submetido à prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, deverá ser “custodiado em dependência separada dos demais presos” (Artigo 15.º, § 1.º, da Lei n.º

⁵⁵² *Ipsis litteris*: “a conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos” (Parecer do Ministério Público Federal do Brasil no Habeas Corpus n.º 5029050-46.2014.404.0000 – Opinião do Procurador Regional da República Manoel Pastana, pg. 7 - TRF da 4ª Região, destaques acrescidos. Disponível em: www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf. Acesso: 10/04/2019).

⁵⁵³ PEREIRA, op. cit., pg. 77.

⁵⁵⁴ PEREIRA, op. cit., ibidem.

⁵⁵⁵ COSTA, Leonardo Dantas. *Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 176.

⁵⁵⁶ COSTA, op. cit., pg. 178.

9.807/199), o que, sem dúvidas, garante maior dignidade às condições carcerárias do arguido⁵⁵⁷.

E o que isso tem a ver com o teste da “flagrante denegação de justiça” - e, mais precisamente, com o caso *Othman*? Para chegar a esse ponto, é preciso lembrar que o TEDH, em *Varga e outros c. Hungria* e em vários outros precedentes⁵⁵⁸, reitera que entende a "a extrema falta de espaço numa cela prisional pesa consideravelmente como um aspecto a ser levando em conta para o fim de definir se as condições de detenção impugnadas era 'degradantes', do ponto de vista do Artigo 3.º", e que "um caso de evidente sobrelotação é elemento suficiente para concluir que o Artigo 3.º da Convenção foi violado"⁵⁵⁹.

Ora, quando se observam os números do sistema carcerário brasileiro, vê-se um cenário particularmente preocupante. De acordo com os dados oficiais mais recentes do Conselho Nacional do Ministério Público (Brasil), em 2017, a taxa de ocupação nos presídios do país era, em média, de 167,23% de sua capacidade, chegando a 195,65% na região de maior sobrelotação (à guisa de comparação, a sobrelotação na Hungria, que foi o pressuposto para a não-cooperação pelo TEDH em *Varga e outros* e pelo TJUE em *Aranyosi*, era de “apenas” 144%)⁵⁶⁰. Por sua vez, naquele ano, o número total de mortes no sistema carcerário brasileiro foi de 1.545 pessoas, com uma média de 34,79% das unidades prisionais sem assistência média adequada, e 1.556 casos de subversão coletiva da disciplina dos presídios (rebeliões)⁵⁶¹. Vale salientar que algumas dessas rebeliões geram grande número de vítimas, como o caso de Manaus, ocorrida em 2017, que culminou com a morte de 56 detentos em apenas 17 horas⁵⁶².

⁵⁵⁷ Cfr. Cláusula 4., IV, do Termo de Colaboração Premiada de Alberto Youssef, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>

⁵⁵⁸ *Varga e outros c. Hungria* (q. n.º 14.097 et al.), 2ª S., 10/03/2015 (final: 16/06/2015). Consoante o TJUE em *Aranyosi e Caldararu*, (cit., § 43), “O TEDH considerou esse processo um processo piloto depois de ter sido chamado a pronunciar-se em 450 recursos semelhantes contra a Hungria relativamente a condições de detenção desumanas”. Cfr., p. ex., *Voicu c. Roménia* (q. n.º 22.015/10), 3ª S., 10/06/2014 (final: 10/09/2014). No mesmo sentido: *Colesnicov c. Roménia*, (q. n.º 36479/03), §§ 78-82

⁵⁵⁹ *Voicu c. Roménia*, cit., § 51

⁵⁶⁰ *Varga e outros c. Hungria*, cit., § 6.º

⁵⁶¹ Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP (Brasil) - Sistema Prisional em Números. Disponível em: www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros

⁵⁶² “Rebelião em prisão de Manaus deixa 56 mortos” in Deutsche-Welle Brasil, versão online, 02/01/2017. Disponível em: www.dw.com/cda/pt-br/rebelião-em-prisão-de-manaus-deixa-56-mortos/a-36976308

Ora, sem conhecer a realidade brasileira, LANGBEIN, em estudo clássico, defendeu que “a colaboração premiada, assim como a tortura, é coercitiva”, de tal modo que “assim como os europeus medievais, os americanos estão agora operando um sistema processual que se encarrega de condenar sem julgamento”⁵⁶³. Naturalmente, há uma diferença entre “ter os seus membros quebrados se se recusar a confessar, ou sofrer alguns anos a mais de prisão”, mas completa o autor: “a diferença é de grau, não de natureza”⁵⁶⁴. Mas o que diria o autor ao perceber que o objeto da negociação não é apenas a redução futura da pena privativa de liberdade, ou do “incómodo” de uma ação criminal, mas sim a redução do tempo de um tratamento cruel ou degradante atual, equiparado à tortura, nos exatos termos do Artigo 3.º da CEDH?

Não fosse o bastante, a dúvida sobre a voluntariedade dos acordos de delação também está imbricada com a questão desenvolvida na subsecção anterior: a da imparcialidade do juiz. Como já explicado, o arguido preso, convidado a colaborar, terá sido encarcerado por decisão do mesmo magistrado que homologar a delação, que por sua vez haverá de apreciar a sua inocência ou culpabilidade, na sentença de mérito (cfr. subsecção 6.1.3 *in initio*). Com efeito, para decretar a prisão, pelo direito processual brasileiro, o magistrado deve observar dois requisitos: o *fumus comissi delicti* (em outras palavras, que existam “provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria”), e o *periculum libertatis* (ou seja, que a prisão seja necessária para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal), nos termos do art. 312 do CPP brasileiro⁵⁶⁵. Falta a esse juiz, destarte, a devida imparcialidade, visto que é ele quem “confere instrumentos coativos para que o delegado de polícia e membro do ministério público obtenham um acordo de colaboração ao arrepio da voluntariedade”⁵⁶⁶. Outro aspecto ressaltado por SACERDO é que, no direito brasileiro, o juiz, ao homologar o acordo de delação, deve “observar, no caso concreto, se foram preenchidos todos os requisitos necessários à concessão do benefício em cada

⁵⁶³ LANGBEIN, John. *Torture and plea bargaining*. in The University of Chicago Law Review, v. 46, n. 1, 1978, p. 13/14.

⁵⁶⁴ LANGBEIN, op. cit., 12/13.

⁵⁶⁵ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei no 12.850/2013*, in ESPÍNEIRA, Bruno e CALDEIRA, Felipe (orgs.), op. cit., p. 454.

⁵⁶⁶ SANTORO, op. cit., p. 467.

hipótese legal”, tratando-se de “atividade tipicamente inquisitória, o que não se coaduna, sob nenhum aspecto, com o modelo acusatório de processo penal”⁵⁶⁷. Portanto, o arguido preso, ao celebrar o acordo de delação, como destaca SANTORO, “já sabe que há um juízo prévio de valoração dos factos em que o julgador antecipa parte de seu convencimento” e, por conseguinte, “a manutenção do entendimento implica na possibilidade ou mesmo na probabilidade de sua condenação”⁵⁶⁸. Não foi à toa que BITENCOURT, um dos maiores nomes do pensamento jurídico-criminal brasileiro, afirmou que as delações premiadas, na Operação Lava Jato, constituem “uma refinada tortura psicológica”, porque os arguidos, em prisão preventiva, são influenciados pelos resultados favoráveis dos outros delatores e pela certeza da parcialidade do juiz, optando por colaborar com os investigadores, a fim de “minimizar a sua condenação certa”⁵⁶⁹. A voluntariedade da delação de quem está preso – ou, ainda, como lembram FERROLA e FRANCISCO NETO, “daqueles que temem ser encarcerados”⁵⁷⁰ – é portanto questionável, por haver dúvidas substanciais da satisfação de uma de suas condições, qual seja, “a isenção de coação mecânica ou psicofísica”, consoante lição VON LISZT⁵⁷¹.

O problema da voluntariedade, no entanto, apenas interessa para aferir a presença dos requisitos de *Natsvlishvili e Togonidze*, podendo certamente indicar, pelos métodos tradicionais utilizados pelo TEDH, de violações ao Artigo 6.º no âmbito dos processos judiciais dos Estados signatários. Está, portanto, melhor inserido naquilo que foi chamado nessa dissertação de “universo conceitual próprio dos direitos individuais no processo penal” (cfr. secção 5.4 *in fine*). Todavia, para o repertório argumentativo adotado pelo TEDH no caso *Othman* (o qual, como defendido anteriormente, está mais aproximado do universo conceitual dos direitos do Artigo 3.º - cfr. *ibidem*), o uso da colaboração premiada dos arguidos presos, em casos como os da Operação Lava Jato, levanta as mais sérias dúvidas sobre a possibilidade de “flagrante denegação de justiça” para o extraditando cujas acusações derivem de investigações baseadas em dados e provas obtidos por esse meio.

⁵⁶⁷ SARCEDO, Leandro. *A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*. In Revista dos Advogados de São Paulo. Ano 14, vol. 27 (jan-jun 2011), pg. 198.

⁵⁶⁸ SANTORO, op. cit., *ibidem*.

⁵⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *apud* FONSECA, op. cit., p. 225

⁵⁷⁰ FERROLA, Guido; FRANCISCO NETO, João. *As mazelas da colaboração premiada in* ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (orgs.), *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello – 2ª Ed.*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 186.

⁵⁷¹ LISZT *apud* FERROLA, Guido; FRANCISCO NETO, João, op. cit., *ibidem*.

7) CONCLUSÕES

1. Embora *obiter dictum* em *Soering*, o dever de o Estado signatário da CEDH rejeitar um pedido de extradição, em decorrência do risco real de violação do Artigo 6.º da CEDH no Estado requisitante, está consolidado na jurisprudência do TEDH, mormente após o julgamento do caso *Othman (Abu Qatada)*. Tal jurisprudência implica na remodelação, ou mesmo na superação, do conceito tradicional de *non-inquiry*. Para aferir as violações ao Artigo 6.º da CEDH nas decisões de extradição (ou expulsão), o TEDH estabeleceu o teste do “risco real de flagrante denegação de justiça”, de natureza empírico-normativa;
2. O TEDH utiliza diversos e, por vezes, divergentes modelos interpretativos/exegéticos sobre o Artigo 6.º, o que gera um alto grau de incerteza quanto à natureza do direito a um processo justo e equitativo, em prejuízo da jurídica no âmbito da Convenção. Além disso, os diversos métodos de aferição das violações do Artigo 6.º nos processos judiciais nos próprios Estados signatários, utilizados pelo TEDH, tampouco possuem clareza e coerência sistêmica suficientes para garantir a referida segurança jurídica;
3. A jurisprudência do TEDH sobre o teste “empírico-prospectivo”, ou do risco real (“*real risk*”), utilizado nos casos de extradição e expulsão, não possui clareza e coerência sistêmica suficientes, nomeadamente quanto: a) à natureza e grau de generalidade do risco a ser aferido; b) ao ônus probatório; c) ao tempo de aferição do risco e da responsabilidade do Estado signatário; d) ao modo como se aplica, nessa fase, o juízo de ponderação. A falta de critérios claros, objetivos e fiáveis de aferição do risco real de violação dos direitos humanos e, de modo especial, de infringência do Artigo 6.º no Estado requisitante após a extradição, tem por efeito a diminuição da segurança jurídica para a cooperação judiciária internacional em matéria penal no espaço da Convenção;
4. O termo “flagrante denegação de justiça” tem baixa consistência semântica e pouca densidade normativa. Contudo, constata-se que a sua qualificação, pela jurisprudência do TEDH, como “ato ou omissão manifestamente contrários aos princípios da Convenção” e “rigoroso teste de inequidade” é habitualmente utilizada pelo Tribunal para não reconhecer violações ao Artigo 6.º nas decisões de extradição, a indicar a necessidade de um “patamar elevado” de violações para esse feito. Não há clareza, todavia, quanto à compatibilidade dessas qualidades com os *topoi* do “relevante papel numa sociedade democrática”, da “proteção da essência mesma” e da “não interpretação restritiva” do Artigo 6.º da CEDH;

5. Não há certeza quanto à aplicabilidade, ou modo de aplicação, dos testes utilizados pelo TEDH para avaliar violações do Artigo 6.º em geral, ou seja, nos processos penais dos próprios Estados signatários (p. ex., os testes da “avaliação holística do processo”, da “prova exclusiva ou decisiva” ou do “processo nunca equitativo”) aos casos de extradição;
6. A fundamentação adotada pelo TEDH em *Othman (Abu Qatada)*, bem como nos casos posteriores, pouco se relaciona com o universo conceitual próprio das garantias dos direitos processuais fundamentais. Sugere-se que, no caso, o interesse jurídico tácito de proteger os direitos do Artigo 3.º das testemunhas alegadamente torturadas, não o interesse manifesto de proteger os direitos processuais do arguido-extraditando, foi o fundamento relevante para a decisão, o que gera maior inconsistência e menor funcionalidade do teste do “risco real de flagrante denegação de justiça”;
7. Sugere-se que a vagueza e a ambiguidade dos testes utilizados pelo TEDH decorrem da adoção, às vezes velada, de um juízo de ponderação próprio, cuja origem está na tensão inerente à necessidade de unificar padrões mínimos de proteção de direitos humanos, de um lado, e respeitar os sistemas processuais nacionais idiossincráticos e diversos, de outro;
8. Embora a adoção do Parecer 2/13 tenha levado a não adesão da UE à CEDH (no contrafluxo do disposto no Artigo 6.º, n.º 1, do Tratado de Lisboa), o TEDH consolidou a tese fixada em *Bosphorus c. Irlanda* (2005) e casos análogos posteriores, segundo a qual a execução dos mecanismos de cooperação judiciária da UE pelos Estados signatários deve obedecer aos *standards* mínimos da CEDH. Em *Pirozzi c. Bélgica* (2018), por sua vez, o TEDH julgou que os testes consagrados em *Soering* e, de modo especial, o da “flagrante denegação de justiça”, devem ser aplicados, igualmente, para aferir a responsabilidade dos Estados signatários diante da Convenção nos procedimentos de execução do MDE;
9. As já citadas inconsistências da jurisprudência do TEDH quanto ao uso do teste da “flagrante denegação de justiça”, todavia, dificultam a tarefa de conformar os mecanismos de cooperação judiciária da UE, especialmente o MDE, às exigências mínimas da Convenção. Sugere-se que a possível adoção do teste da “flagrante denegação de justiça” pelo TJUE será o passo definitivo para a remodelação do conceito de reconhecimento mútuo, demonstrando-se a necessidade de harmonização do direito processual penal no âmbito da EU, e de fortalecimento de um sistema autónomo de proteção dos direitos individuais no processo penal que decorra da própria força normativa da UE;
10. Nos casos analisados da jurisprudência nacional, o STJ, ao averiguar o respeito ao Artigo 6.º, *a*, da LCJ, demonstrou atribuir particular relevância ao nível geral e abstrato de

proteção jurídica dos direitos fundamentais no Estado requisitante (“*law in books*”) e às garantias diplomáticas, sem se apropriar, ou sequer referenciar, os testes consagrados em *Soering* e *Othman*, estudados nessa dissertação. A não adoção desses testes põe em dúvida, nos casos citados, a observância do princípio da subsidiariedade, além de dificultar a impugnação das decisões pela defesa e o possível futuro controlo, por parte do TEDH, da proteção dos direitos da CEDH;

11. Os institutos jurídico-processuais brasileiros utilizados na “Operação Lava Jato”, apontados nessa dissertação, dão causa a um elevado grau de incerteza quanto ao futuro da cooperação judiciária em matéria penal entre Portugal e o Brasil, por um lado, devido à grande flexibilidade do conceito de “flagrante denegação de justiça” cunhado pelo TEDH, por outro, devido às controvérsias relativas ao respeito dos direitos individuais processuais fundamentais na prática judiciária no Brasil;

12. A regra processual penal, consolidada no sistema jurídico brasileiro, de atração da competência pela “prevenção” do juiz que atuou na fase instrutória é, a princípio, contrária à jurisprudência do TEDH (cfr. *De Cubber* e casos análogos), embora várias distinções possam ser feitas quanto às peculiaridades do caso brasileiro. A aplicação *a priori* do teste da “flagrante denegação de justiça” torna-se mais difícil diante da exigência de aferição da imparcialidade objetiva, pela regra casuística do “grau de atuação do magistrado”, adotado pelo STJ;

13. A colaboração premiada de pessoas presas no Brasil levanta as mais sérias dúvidas quanto ao respeito das garantias do Artigo 6.º da CEDH da pessoa delatada, considerando a falha da livre vontade, em seu sentido normativo, necessária à validade da colaboração, em decorrência da imposição ao delator de tratamento contrário ao Artigo 3.º (encarceramento em condições sub-humanas). Trata-se, com efeito, da hipótese que mais se aproxima da *ratio decidendi* do caso *Othman*, porquanto se negocia com o arguido-delator, não só a redução de uma pena devida pela prática delitativa, mas a garantia de direitos fundamentais, como a liberdade, pela possibilidade de revogação da prisão preventiva injustamente aplicada, e a integridade física, pelo cumprimento, p. ex., da detenção em cela separada, em regime especial de proteção de testemunhas.

8) BIBLIOGRAFIA

ALEGRE, Susie. *Human rights and the future of extradition in the European Union: Implications of recent case law in the United Kingdom, France and Spain*. In: ERA Forum. Springer Berlin Heidelberg, 2003. p. 63-69.

AMANN, Diane Marie. *'The only thing left is justice': Cherif Bassiouni, Saddam Hussein, and the quest for impartiality in international criminal law.*, in SADAT, Leila Nadya; SCHARF, Michael P. (Ed.). *The theory and practice of international criminal law: essays in honor of M. Cherif Bassiouni*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 368/395.

ANDREEVSKA, Elena. *The European Convention On Human Rights and the rights related to Article 6 under the ECHR jurisprudence: Independent and Impartial Tribunal established by law*. Challenges of the Knowledge Society, p. 236, 2014.

ARNELL, Paul. *The contrasting evolution of the right to a fair trial in UK extradition law*. The International Journal of Human Rights, v. 22, n. 7, p. 869-887, 2018.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International extradition: United States law and practice*. Oxford University Press, 2014.

BATTJES, Hemme. *European asylum law and international law*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

_____. *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*. European Journal of Migration and Law, v. 11, n. 3, p. 205-219, 2009.

BRASIL. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

CAEIRO, Pedro. *Introdução (ou de como todo processo penal começa com uma constituição de direitos)*, in A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português, pp. 07-12 Coimbra: Instituto Jurídico, 2015.

_____. *Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)*, in Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, pp. 35-43, 2017.

CALLEWAERT, Johan. *EU law on criminal justice from a Strasbourg perspective*. In: ERA Forum. Springer-Verlag, p. 536-542, 2005.

_____. *The European Court of Human Rights and the area of freedom, security and justice*. In: ERA Forum. Springer-Verlag, p. 511-518, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1419>

CARDOSO, Raquel Preciosa Tomás. *Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas*. UC/FDUC: Dissertação realizada no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, 2013.

_____. *A saúde mental como fator de impedimento à cooperação judiciária internacional em matéria penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, nº 2 (abr-jun), pgs. 279/309.

COLE, George; SMITH, Christopher. *The American system of Criminal Justice*. Thomson Learning, 2007.

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a Justiça*. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Miguel João. *Dedere aut judicare? A decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Who believes in human rights?: reflections on the European Convention*. Cambridge University Press, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal*. Coimbra, 2015. Disponível em: www.apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083.

DIJK, Pieter van; HOOFF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo (orgs). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4.^a Edição. Antuérpia-Oxford: intersentia, 2006.

DUGARD, John; WYNGAERT, Christine von den. *Reconciling Extradition with human rights*. In American Journal of International Law, Vol. 92, n° 2, pp. 187-212, abr/1998.

ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (orgs.), *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello – 2^a Ed.*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, cap. 23, 2017.

FIJNAUT, Cyrille; GOETHALS, Johan; PETERS, Tony; WALGRAVE, Lode. *Changes in society, crime and criminal justice in Europe*. Antuérpia: Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2017.

FOSTER, Michelle; COSTELLO, Cathryn. *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*. In HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (Ed.). *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?*. Springer, 2016, pp. 273/324.

GILBERT, Geoff. *Responding to international crime*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

GOSS, Ryan. *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Londres: Hart Publishing, 2016.

GROTRIAN, Andrew. *Article 6 of the European Convention on Human Rights. The Right to a fair trial*. Human Right Files n.º 13. Council of Europe Publishing, 1994.

HAFETZ, Jonathan. *Punishing Atrocities Through a Fair Trial: International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism*. Cambridge University Press, 2018.

HAMPSON, Françoise. *The scope of the extra-territorial applicability of international human rights law*. GILBERT, Geoff; HAMPSON, Françoise; SANDOVAL, Clara (Ed.). *The delivery of human rights: essays in honour of Professor Sir Nigel Rodley*. Routledge, 2010.

HARRIS, David; O'BOYLE, Michal; WARBRICK, Colin (Orgs.). *Law of the European Convention on Human Rights*. 2ª Edição. New York: Oxford University Press, 2009.

HARTMANN, Jacques. *The European Convention on Human Rights and Extradition*, in KAIKOBAD, Kaiyan, BOHLANDER, Michael (orgs.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice*. Martinus Nijhoff Publishers, 2009

HAZELHORST, Monique. *Free movement of civil judgments in the European Union and the right to a fair trial*. Springer, 2017.

HEIJER, Maarten den. *Whose rights and which rights? The continuing story of non-refoulement under the European Convention on Human Rights*. *European journal of migration and law*, v. 10, n. 3, pp. 277-314, 2008.

JOSEPH, Miriam. *O Trivium – As artes liberais da Lógica, Gramática e Retórica*. São Paulo: É Realizações, 2011.

KAIIFA-GBANDI, Maria. *The treaty establishing a constitution for Europe and challenges for criminal law at the commencement of 21st Century*, in ALBRECHT, Hans-Jörg; KLIP, André (Orgs.). *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: A Collection in Honour of Prof. Em. Dr. Dr. Hc Cyrille Fijnaut*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

KIESTRA, Louwrens R. *The impact of the European Convention on Human Rights on private international law*. Springer, 2014.

KLEINLEIN, Thomas. *The procedural approach of the european court of human rights: between subsidiarity and dynamic evolution*. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 68, n. 1, p. 91-110, 2019.

KLIP, André. *Europeans first!: Petruhhin, an unexpected revolution in extradition law*. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 25, n. 3, pp. 195-204, 2017.

KOLB, Robert. *The jurisprudence of the European Court of Human Rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998*, in *Human Rights Law Journal*, v. 21, n. 9-12, pp. 348-373, 2000.

KONSTADINIDES, Theodore; ECKES, Christina (orgs.). *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: a European Public Order*. Cambridge University Press, 2011.

LANGBEIN, John. *Torture and plea bargaining*. in *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, pp. 3-22, 1978.

LAWSON, Rick. *The Contribution of the Agency to the Implementation in the EU of International and European Human Rights Instruments*, in ALSTON, Philip; SCHUTTER, Olivier (orgs.). *Monitoring fundamental rights in the eu: the contribution of the Fundamental Rights Agency*. Hart Publishing, 2005.

LEAF, Marisa; ALEGRE, Susie. *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study–European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, v. 10, p. 201, 2004.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MACKAREL, Mark. *The European Arrest Warrant - The early years: implementing and using the Warrant*; in ALBRECHT, Hans-Jörg; KLIP, André (orgs.). *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: A Collection in Honour of Prof. Em. Dr. Dr. Hc Cyrille Fijnaut*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

MICHAELSEN, Christopher. *The renaissance of non-refoulement? The Othman (Abu Qatada) decision of the European Court of Human Rights*, in *International & Comparative Law Quarterly*, v. 61, n. 3, pp. 750-765, 2012.

MITSILEGAS, Valsamis; BERGSTRÖM, Maria; KONSTADINIDES, Theodore (orgs.). *Research handbook on EU criminal law*. Edward Elgar Publishing, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ONU (Comité de Derechos Humanos). *Comentarios Gerais n.º 32*, 23/08/2007. Disponível https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=en. Acesso: mai/2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada – Legitimidade e Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2016.

PLACHTA, Michael. *Aut dedere aut judicare: an overview of modes of implementation and approaches*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, v. 6, n. 4, p. 331-365, 1999.

_____. *Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare*. 114th International Training Course Visiting Experts' papers, Resource Material Series no. 57, pp. 64/86. Disponível em: www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf. Acesso: abril de 2019.

POLLICINO, Oreste; RANDO, Giancarlo. *Judicial cooperation and multilevel protection of the right to liberty and security in criminal proceedings. The influence of European Courts' case-law on the modern Constitutionalism in Europe; in Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*. Springer, Heidelberg, pp. 51-84, 2013.

RODRÍGUEZ, Pablo J. Martín. *La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Caldaru*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, v. 20, n. 55, p. 859-900, 2016.

RYNGAERT, Over Cedric. *Does the Netherlands' extradition of genocide suspects to Rwanda violate their human rights?* Publicação original: Verantwoordelijkheid voor

Mensenrechten en Internationale Verplichtingen, nov/2016. Disponível: <http://blog.ucall.nl/index.php/2016/11/does-the-netherlands-extradition-of-genocide-suspects-to-rwanda-violate-their-human-rights/>. Acesso: 13/03/2019.

SAHINKAYA, Yalçın. *Extraterritorial effect of right to a fair trial: how to test the flagrant denial of a fair trial in extradition cases under international human rights law?* In Human Rights Review, Volume III, n. 2, Dez/2013.

SARCEDO, Leandro. *A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*, in Revista dos Advogados de São Paulo. Ano 14, vol. 27, pp. 193/205 (jan-jun 2011).

SCHABAS, William A. *The European convention on human rights: a commentary*. Oxford University Press, 2015.

SCHUTTER, Olivier de. *International Human Rights Law*. Cambridge University Press, 2010.

SHEA, Michael P. *Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases After Soering*. Yale Journal of International Law, Vol. 17, art. 4, 1992. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol17/iss1/4>. Acesso: 13 de março de 2019.

SLUITER, Goran; FRIMAN, Hakan; LINTON, Suzannah; ZAPALLA, Salvatore, VASILIEV, Sergei (orgs). *International Criminal Procedure. Rules and Principles*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

STAVROS, Stephanos. *The right to a fair trial in emergency situations*. International & Comparative Law Quarterly, v. 41, n. 2, pp. 343-365, 1992.

STESSENS, Guy. *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SUMMERS, Sarah J. *Fair trials: The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, 2007.

TEDH. *Declaração de Brighton - Conferência de Alto Nível sobre o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, abr/2012. Disponível em: www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf

TEDH. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Atualizado em 31/12/2018. Disponível: www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf. Acesso: 20/03/2019.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos. *Algumas reflexões sobre o Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*. In *Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 3, n.º 2, pp. 231-242, abr/2016.

VENANCIO, Daiana Seabra. *O mandado de detenção europeu vs. o mandado de captura do Mercosul: uma análise comparativa*. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, n. 2, p. 27-54, 2012.

VILLIGER, Mark. *Fair Trial and Excessive Length of Proceedings as Focal Points of the ECtHR's Increasing Caseload*, in WOLFRUM, Rüdiger; DEUTSCH, Ulrike (orgs), *The European Court of Human Rights overwhelmed by applications: problems and possible solutions: international workshop*, Heidelberg (2007). Springer, 2009.

WEISSBRODT, David; HALLENDORFF, Mattias. *Travaux Preparatoires of the Fair Trial Provisions-Articles 8 to 11-of the Universal Declaration of Human Rights*. *Hum. Rts. Q.*, v. 21, p. 1061, 1999.

WYNGAERT, Christine von den. *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?* In: *International Criminal Law and Procedure*, pp. 757-779. Dartmouth: 1996.

ZAGARIS, Bruce. *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom (Eur. Ct. HR)*. *International Legal Materials*, v. 52, n. 2, pp. 496-557, 2013.

REPORTAGENS

“*Abu Qatada case has cost UK £1.7m, home secretary says*” in BBC News, versão *online*, 14/06/2013. Disponível em www.bbc.com/news/uk-22909465

“*£200,000 spent on protecting hate preacher Abu Qatada human rights*” in The Times, versão *online*, 04/01/2019, Disponível em: www.thetimes.co.uk/article/200-000-spent-on-protecting-hate-preacher-abu-qatada-human-rights-hqlxrltzj. Acesso: 19/03/2019

“*Theresa May criticises human rights convention after Abu Qatada affair*” in The Guardian, versão *online*, 08/07/2013. Disponível em: www.theguardian.com/world/2013/jul/08/theresa-may-human-rights-abu-qatada. Acesso: 19/03/2019

“*Brasil pede a Portugal extradição de suspeito no processo Lava Jato*” in Diário de Notícias, versão *online*, 12/05/2018. Disponível em: www.dn.pt/mundo/interior/brasil-pede-a-portugal-extradicao-de-suspeito-no-processo-de-corrupcao-lava-jato-9333147.html. Acesso: 17/05/2019.

“*Rebelião em prisão de Manaus deixa 56 mortos*” in Deutsche-Welle Brasil, versão *online*, 02/01/2017. Disponível em: www.dw.com/cda/pt-br/rebelião-em-prisão-de-manaus-deixa-56-mortos/a-36976308

9) LISTA DE CASOS

- TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

TEDH

- A. c. Países Baixos* (q. n.º 4.900), 3ª S., 20/07/2010 (final: 20/10/2010)
- Ahorugeze c. Suécia* (q. n.º 37.075), 5ª S., 27/10/2011
- Al Nashiri c. Polónia* (q. n.º 28.761/11), 4ª S. (a), 24/07/2014 (final: 16/02/2015)
- Al Nashiri c. Romênia* (q. n.º 33.234/12), 1ª S., 31/05/2018 (final: 08/10/2018)
- Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido* (qs. n.ºs 26.766/05 e 22.228/06), 4ª S., 20/01/2009
- Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, (idem), G. S., 2010
- Allan c. Reino Unido* (q. n.º 48.539/99), 4ª S., 05/02/2002
- Al-Moayad c. Alemanha* (q. n.º 35.865), 4ª S., 20/02/2007
- Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido* (q. n.º 61498), 4ª S., 02/03/2010
- AM c. Itália* (q. n.º 37019/97), 2ª S., 14/12/1999 (final: 14/03/2000)
- Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha* (q. n.º 10.588/83), Plenário, 13/06/1994
- Bernard c. França* (q. n.º 22885/93), 23/04/1998
- Bönisch c. Áustria* (q. n.º 8.658/79), 06/05/1985
- Bosphorus c. Irlanda* (q. n.º 45036/98), G.S., 30/06/2005
- Chahal c. Reino Unido* (q. n.º 22.414/93), G.S., 15/11/1996
- Condrón c. Reino Unido* (q. n.º 35718/97), 3ª S., 02/05/2000 (final: 02/08/2000)
- Daud c. Portugal* (q. n.º no. 22600/93), 21/04/1998
- De Cubber c. Bélgica* (q. n.º 9.186/80), 14/09/1987
- Delcourt c. Bélgica* (q. n.º 2.689), 17/01/1970
- Doorson c. Países Baixos* (q. n.º 20524/92), 26/03/1996
- Drozd e Janousek c. França e Espanha* (q. n.º 12.747), Plenário, 26/06/1992
- Dzhaksybergenov c. Ucrânia* (q. n.º 12.343/10), 1ª S., 10/02/2011
- El Haski c. Bélgica* (q. n.º 649), 2ª S., 25/09/2012
- Ergin c. Turquia* (n.º 06, q. n.º 47533/99), 4ª S., 04/05/2006
- F. G. c. Suécia* (q. n.º 43.611), G. S., 23/03/2016
- Foucher c. França* (q. n.º 22209/93), 18/03/1997
- Funke c. França* (q. n.º 10.828/84), 25/02/1993

Grayson e Barnham c. Reino Unido (q. n.º 19955/05), 4ª S., 23/09/2008 (final: 23/12/2008)

Heaney e McGuinness c. Irlanda (q. n.º 34720/97), 21/12/2000 (final: 21/03/2001)

Husayn (Abu Zubaydah) c. Polónia (q. n.º 7.511/13), 4ª S., 24/07/2014

J. K. e outros c. Suécia (q. n.º 59.166), G. S., 23/08/2016

Janosevic c. Suécia (q. n.º 34619/97), 23/07/2002 (final: 21/05/2003)

Jasper c. Reino Unido (q. n.º 27.052/95), 16/02/2000

John Murray c. Reino Unido (q. n.º 18.731/91), G. S., 08/02/1996

Kirkwood c. Reino Unido (q. n.º 10.479/83), 12/03/1984

Khan c. Reino Unido (q. n.º 35.394/97), 3ª S., 12/05/2000 (final: 04/10/2000).

Kyprianou c. Chipre (q. n.º 73.797/01), 15/12/2005

Kostovski c. Países Baixos (q. n.º 11.454/85), 20/11/1989

Labita c. Itália (q. n.º 26772/95), G. S., 06/04/2000

Maaouia c. França (q. n.º 39.652), 05/10/2000

Mamatkulov e Askarov c. Turquia (qs. n.º 46827/46951), 04/02/2005

Marcello Viola c. Itália (q. n.º 45106/04), 3ª S., 05/10/2006 (final: 05/01/2007)

Matthews c. Reino Unido (q. n.º 24.833/94), 18/02/1999.

Miragall Escolano e outros c. Espanha (q. n.º 38366/97 e outras), 4ª S., 25/05/2000

Monnell e Morris c. Reino Unido (qs. n.ºs 9562/81 e 9818/82), 02/03/1987

Omar c. França (q. n.º 24767/94), 29/07/1998

Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido (q. n.º 8.139), 4ª S., 17/02/2012

Pafitis e outros c. Grécia (q. n.º 163/1996/782/983), 28/02/1998

Pakelli c. Alemanha (q. n.º 8.398/78), 25/04/1983

Piersack c. Bélgica (q. n.º 8.692/76), 26/10/1984

Pirozzi c. Bélgica (q. n.º 21.055), 2º S., 17/04/2018

Riepan c. Áustria (q. n.º 35.115/97), 3ª S., 14/11/2000 (final: 14/02/2001)

Saadi c. Itália (q. n.º 37.201), G.S., 27/02/2008

Saïdi c. França (q. n.º 14.647/89), 20/09/1993

Saraiva de Carvalho c. Portugal (q. n.º 15.651/89), 22/04/1994

Schenk c. Suíça (q. n.º 10.862), 12/07/1988

Sejdovic c. Itália (q. n.º 56581), G.S., 01/03/2006

SN c. Suécia (q. n.º 34209/96), 02/07/2002 (final: 02/10/2002)

Soering c. Reino Unido (q. n.º 14.038/88), Plenário, 07/07/1989

Stoichkov c. Bulgária (q. n.º 9.808), 1ª S., 24/06/2005
Sutter c. Suíça (q. n.º 8.209/78), Plenário, 22/02/1984
T c. Áustria (q. n.º 27783/95), 3ª S., 14/11/2000
Telfner c. Áustria (q. n.º 33.501/96), 3ª S., 20/03/2001 (final: 20/06/2001)
Van Mechelen e outros c. Países Baixos (q. n.º 21363/93 *et al.*), 23/04/1997
Varga e outros c. Hungria (q. n.º 14.097 *et al.*), 2ª S., 10/03/2015 (final: 16/06/2015)
Voicu c. Roménia (q. n.º 22.015/10), 3ª S., 10/06/2014 (final: 10/09/2014)
Yefimova c. Rússia (q. n.º 39.786/09), 1ª S., 19/02/2013 (final: 08/07/2013)
Weber c. Suíça (q. n.º 11034/84), 22/05/1990

TJUE

Ac. de 09/06/2011 no Proc. n.º C-399/11 (*Melloni*)
Ac. de 21/12/2011 nos Proc. C-411/10 e C-493/10, G. S.
Ac. de 05/04/2016 nos Proc. C-404/15 e C-659/15, G. S. (*Aranyosi e Caldáraz*)
Ac. de 08/11/2016 no Proc. n.º C -554/14 (*Ognyanov*)
Ac. de 25/07/2018 no Proc. C-220/18, 1ª. S.
Ac. de 06/09/2016 no Proc. C-182/15 (*Petruhhin*), G. S.
Parecer 2/13 (Tribunal Pleno), de 18/12/2014.

TJUE (Conclusões dos Advogados Gerais)

Conclusões da AG Eleanor Sharpston no Proc. C-396/11 -, apresentadas em 18/10/2012.
Conclusões do AG Evgeni Tanchev no Proc. C-216/18, apresentadas em 28/06/2018.

TPIR

Procurador c. Jean Uwinkindi (p. n.º TPIR-2001-75-R11bis), 22/06/2011.

CDH-ONU

NG c. Canadá, CDH-ONU, Comunicado n.º 469/91, 05/11/1993
S. c. Suécia, CDH-ONU, Comunicado n.º 691/2015, 06/11/2018

- JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

STJ

Ac. de 09/03/2006, CJ (STJ), T1

Ac. de 30/05/2012, Proc. n.º 290/11.3YRCBR1.S1, 3ª S., Rel. Maia Costa.

Ac. de 03/02/2016, Proc. n.º 538/14.2YRLSB.S2, 3ª S., Rel. João Silva Miguel.

Ac. de 07/09/2017, Proc. n.º 483/16.7YRLSB.S1, 5ª S., Rel. Francisco Caetano.

Ac. de 11/01/2018, Proc. n.º 1331/17.6YRLSB.S1, 3ª S., Rel. Manuel Augusto de Matos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ac. n.º 297/03.

TRIBUNAIS DE RELAÇÃO

Ac. TRL de 17-11-2011, Proc. n.º 759/11.0YRLSB-3, Rel. Jorge Raposo.

- OUTROS TRIBUNAIS

STF (Brasil), *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, ac. de 27/08/2015.

STF (Brasil), *Habeas Corpus* n.º 92.893, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. de 02/10/2008.

STJ (Brasil), *Habeas Corpus* n.º 170.212/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, ac. de em 18/06/2012.

TRF da 4ª Região (Brasil) - *Habeas Corpus* n.º 5029050-46.2014.404.0000 – Parecer do Procurador da República Manoel Pastana (Ministério Público Federal). Disponível em: www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf. Acesso: 10/04/2019.

STC (Espanha), Proc. n.º 75/1987, Sala Segunda, 25/05/1987.

* Todos os precedentes foram extraídos das bases de dados eletrónicas oficiais, nomeadamente do HUDOC, do DGSI, do InfoCuria e demais *sites* das cortes mencionadas.