

A PROIBIÇÃO CONTRA A TORTURA E PROVAS OBTIDAS MEDIANTE TORTURA

POR CARLA HOE¹

I. PREMISSAS GERAIS

O presente estudo é de cunho informativo e tem por objetivo analisar de uma forma geral determinados aspectos sobre a proibição contra a tortura. Serão brevemente discutidas a definição de tortura e a obtenção de provas (i.e., confissões, declarações e testemunhos) por meio de tortura.

Este estudo teve como base a análise de tratados internacionais, a jurisprudência de cortes e tribunais internacionais, artigos acadêmicos e estudos de organizações não-governamentais com relação à proibição da tortura na esfera internacional. Os principais tratados internacionais analisados foram: (i) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 (“**CAT**”); (ii) Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 (“**Pacto de San José**”); e (iii) Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (“**Convenção Europeia**”).

Geralmente cada tratado internacional possui seu próprio mecanismo de monitoramento e acompanhamento. No âmbito da CAT, foi criado o Comitê Contra Tortura, que recebe relatórios dos Estados partes, tem competência para apreciar reclamações inter-Estatais, bem como apreciar comunicações individuais (“**Comitê CAT**”). A jurisprudência do Comitê CAT também foi analisada.

II. VISÃO GERAL – PROIBIÇÃO DA TORTURA

Nos termos do art. 1º da CAT, tortura consiste na prática de

“qualquer ato por meio do qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.”

¹ Advogada, Professora Assistente de Direitos Humanos da PUC/SP e ex-assessora da Promotoria do Tribunal Penal Internacional.

Já o art. 5º do Pacto de San José, estabelece a proibição da tortura de forma geral, ao preservar a integridade pessoal, assegurando o direito à integridade física, psíquica e moral, condenando a prática de tortura, penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes.

A Convenção Europeia, em seu art. 3º, estabelece a proibição geral e universal da tortura. A Convenção Europeia para Prevenção da Tortura e outros Tratamentos Desumanos ou Degradantes ou Punição, criou o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura, o qual monitora os Estados membros.

A proibição da tortura também está prevista na Carta Árabe de Direitos Humanos, na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e no 1º Protocolo Adicional da Quarta Convenção de Genebra.

Como se pode observar, a proibição da tortura está prescrita em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito humanitário. O direito de não ser submetido à prática de tortura é um dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, considerado impassível de derrogação. É também parte do direito consuetudinário internacional e considerada norma *jus cogens* (ver neste sentido o caso *Al-Adsani v. Reino Unido* perante a Corte Europeia de Direitos Humanos).

A fim de se determinar se um ato pode ou não ser considerado como tortura, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que os seguintes elementos deveriam ser considerados: (i) a duração do tratamento ao qual a vítima foi submetida; (ii) os efeitos físicos e psicológicos de referido tratamento na vítima; (iii) se o tratamento foi intencional ou não; e (iv) o propósito/objetivo do tratamento e o contexto no qual foi adotado².

No caso *Gäfgen v. Alemanha*, por exemplo, não restou enquadrado como tortura, mas sim como tratamento desumano, uma prática que durou 10 minutos, a qual levou o reclamante a confessar onde estava o corpo da vítima, causou medo, angústia e sofrimento psíquico no reclamante, prática essa não espontânea, mas sim premeditada e calculada de forma deliberada e intencional, e que teve por objetivo descobrir o paradeiro da vítima³. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, apesar de ameaça de tortura poder ser considerada como tortura mental, no caso do reclamante o método de interrogatório e as circunstâncias da situação concreta caracterizavam tratamento desumano, e não tortura. A

² Caso *Gäfgen v. Alemanha*, 1 de junho de 2010, 22978/05. Ressalte-se a crítica que foi feita a esses requisitos estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo em vista que “contexto no qual foi aplicado” poderia sugerir que em razão de comoção popular e/ou terrorismo, a prática de tortura seria tolerada. Na Alemanha é adotado o entendimento de que métodos de investigação que envolvam tortura não podem ser justificados pelo princípio da necessidade, já que necessidade não é defesa para uma violação de um direito humano fundamental, i.e., dignidade da pessoa humana, o qual está previsto na Lei Básica alemã, art. 1º.

³ *Ibid.*, parágrafos 102 e segs.

Corte afirmou, ainda, que o patamar mínimo para um ato ser considerado como tortura não teria sido atingido.

No caso *Halimi-Nedzibi v. Áustria* perante o Comitê CAT, o reclamante, um nacional da antiga Iugoslávia acusado de tráfico de entorpecentes, alegou que ele e mais seis presos foram torturados, mal-tratados e espancados pelo inspetor de polícia encarregado da investigação criminal. Além disso, o reclamante sustentou que foi coagido a confessar o crime. Os atos de tortura consistiram, dentre outros, de acordo com o reclamante: ameaças de morte, afogamentos e espancamento. O Comitê CAT absolveu a Áustria por suposta violação do art. 15 da CAT por falta de provas em contrário.

III. APLICABILIDADE DO ART. 15 DA CAT

O Comitê CAT, com relação à situação na Etiópia⁴, observou que, apesar da Constituição Federal daquele país e do código de processo penal proibirem a prática de tortura e determinarem a inadmissibilidade de confissões e declarações obtidas sob tortura, esta ainda era prática comum nas prisões do país. Entretanto, apesar de tortura e tratamento degradante e desumano terem sido constatados, o Comitê CAT entendeu que o país estava envidando seus melhores esforços e, portanto, apenas recomendou que a situação das prisões fosse melhorada. Com relação à Indonésia, por exemplo, a legislação interna prevê que confissões, testemunhos e declarações devem ser obtidos sem pressão e sem o uso da força. Caso a confissão, testemunho ou declaração tenha sido obtido por pressão do oficial encarregado, a informação não deverá ser admissível e o suspeito deverá ser declarado inocente⁵. Em suas observações sobre o Brasil, o Comitê CAT demonstrou preocupação principalmente com a persistente cultura de abusos policiais, alegações de tortura e tratamento cruel em delegacias, prisões e a impunidade dos perpetradores de tais atos. As recomendações para o Brasil foram: investigações imparciais e eficientes dos policiais ou autoridades estatais acusados de terem cometido tortura ou atos similares, além da suspensão de tais indivíduos durante as investigações; treinamentos e workshops sobre promoção e defesa de direitos humanos para os oficiais e policiais; medidas para assegurar o direito à ampla defesa, inclusive o direito a um advogado⁶.

O princípio da exclusão da prova abrange não somente confissões obtidas mediante tortura como também provas que derivam de tais confissões, ainda que o art. 15 da CAT tenha uma redação restritiva. O Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu Comentário Geral nº 7, de 30 de maio de 1982, estabelece que para controle efetivo da proibição da tortura, é essencial que tanto as confissões como outras provas obtidas mediante tortura ou tratamento degradante sejam inadmissíveis no processo. Assim, a Corte Suprema de

⁴ CAT/C/ETH/1, de 16 de fevereiro de 2010.

⁵ CAT/C/72/Add.1, de 23 de setembro de 2005.

⁶ *Concluding observations of the Committee Against Torture: Brazil*. 16/05/2001. A/56/44.

Apelação da África do Sul, em seu julgamento de 10 de abril 2008, no caso *Mthembu v. o Estado*, entendeu que qualquer uso de provas obtidas mediante tortura, inclusive provas reais derivadas daquelas, resultam em um processo injusto. Nesse sentido, Deve haver necessariamente um nexos causal entre o interrogatório realizado com utilização da tortura e a violação do art. 3º de um lado, e as provas obtidas de outro. As provas, portanto, devem ser resultados diretos da prática de tortura.

A regra de exclusão de prova obtida como resultado de tortura é fundamental para a proibição geral da tortura. Esta regra traz implicações também para o ônus da prova, conforme discutido no item IV abaixo. Além de confissões, testemunhos e declarações obtidos mediante tortura, é debatida a questão da admissibilidade de provas que derivam ou são resultantes da prova obtida mediante tortura. A doutrina dos frutos da árvore envenenada é o fundamento para tal debate. Além do art. 15 da CAT, outros dispositivos são invocados para fundamentar a inadmissibilidade de declarações, testemunhos e confissões feitos sob coerção, tortura ou outro tratamento degradante, cruel ou desumano (ver nesse sentido o art. 7º do Pacto de Direitos Civis e Políticos).

No art. 6º da Convenção Europeia fica estabelecido o direito a um julgamento justo e o direito de não produzir provas contra si mesmo, acarretando na inadmissibilidade de provas obtidas mediante a prática de tortura. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos demonstra que o racional por detrás do princípio de exclusão de provas obtidas mediante tortura é baseado nos seguintes elementos: (a) prova obtida como resultado de tortura é duvidosa, falível e/ou incerta (vide abaixo considerações sobre as Cortes Especiais do Camboja); (b) a revolta dos valores da sociedade civilizada causada por e representada pela tortura; (c) as políticas públicas formuladas com o objetivo de remover qualquer incentivo à prática de tortura em qualquer lugar do mundo; (d) a necessidade de se assegurar proteção dos direitos fundamentais (devido processo legal e julgamento justo) de quem a prova foi obtida; e (e) a necessidade de se preservar a integridade do processo. Ademais, entende a doutrina que outro fator para a regra da exclusão reside na sua função preventiva, retirando um incentivo comum para a prática de tortura⁷.

No caso *PE v. França*⁸ perante o Comitê CAT, é interessante notar a interpretação do art. 15. Entendeu-se que apenas depoimentos ou confissões “established to have been made as

⁷ Ver *Oregon v. Elstad*, 470 U.S.198 (1985). Ver também *A v Secretário do Estado* perante a Câmara dos Lordes na Inglaterra, [2005] UKHL 71, § 24: “This absolute, non-derogable prohibition has been said (*Soering v United Kingdom* (1989) 11 EHRR 439, para 88) to enshrine “one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe”. The European Court has used such language on many occasions (*Aydin v Turkey* (1997) 25 EHRR 251, para 81).”

⁸ CAT/C/29/D/193/2001.

a result of torture” podem ser excluídos. O que vale dizer, antes de se determinar em juízo se aquela prova foi ou não obtida mediante a prática de tortura, referida prova é admissível. A mera suspeita ou a alegação por parte da suposta vítima não têm o condão de afastar a admissibilidade da prova. Fica resguardado ao juízo competente estabelecer se aquele depoimento ou confissão foi obtido como resultado da prática de tortura.⁹ Assim, as cortes e tribunais do Estado parte são competentes para avaliar e julgar a questão, como entendeu o Comitê CAT:

“It is for the appellate courts of States parties to the Convention to examine the conduct of the Trial, unless it can be ascertained that the manner in which the evidence was evaluated was clearly arbitrary or amounted to a denial of justice, or that the Trial judge had clearly violated his obligation of impartiality.”

Em *G.K. v. Suíça*¹⁰, O Comitê CAT entendeu que o regime de se manter o acusado incomunicável facilita a prática de tortura e outros atos degradantes. Além disso, foi estabelecido que provas obtidas como resultado de tortura são inadmissíveis em todo e qualquer procedimento e processo, incluindo, mas não se limitando a processos criminais e de extradição. O Comitê CAT, reiterando seu entendimento em *PE v. França*, notou que para que a proibição do art. 15 da CAT seja aplicável, é indispensável que o depoimento invocado como prova tenha sido estabelecido como resultado de tortura pela corte ou tribunal competente do Estado parte.

Na Corte Especial do Camboja, um dos assuntos mais debatidos é a admissibilidade de provas perante a Corte. Uma das provas principais da promotoria contra os líderes do Khmer Vermelho são as confissões extraídas sob tortura por grupos do Khmer Vermelho (vítimas que ficavam presas em Phnom Penh). Os líderes do Khmer Vermelho, por outro lado, invocaram o art. 15 da CAT e o princípio da exclusão de provas para desafiar a admissibilidade de tais provas em juízo.

Os juízes da Corte Especial do Camboja, entretanto, ficaram divididos com relação à interpretação do art. 15. No caso nº 1 foi concluído que a relevância das confissões estava limitada ao fato de que elas foram obtidas sob tortura, mas que a veracidade de seus respectivos conteúdos não poderia ser admitida como prova.

No caso nº 2¹¹ contra Ieng Thirith, um dos líderes do Khmer Vermelho, a defesa pediu aos juízes de instrução¹² que (i) se considerasse inadmissível qualquer prova ou outro material que fora ou que pudesse ter sido obtido por meio de tortura para fins que não utilização contra o torturador direto e para provar que tortura teria sido cometida, e (ii) não fosse utilizada qualquer declaração, confissão ou testemunho que não para os propósitos mencionados no item (i). Vale lembrar que Ieng Thirith era um dos líderes do Khmer Vermelho e, portanto, não era o torturador direto. Os juízes de instrução entenderam que as confissões em questão poderiam ser admitidas como prova de que o

⁹ PE v. França, §§ 6.4 e 6.5: “(...) only this judicial ruling should be taken into consideration (...)”.

¹⁰ CAT/C/30/D/219/2002.

¹¹ 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ.

¹² 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ/ nº D130/8, *Order on use of statements which were or may have been obtained by torture*, 28 de julho de 2009.

Khmer Vermelho se utilizava de referidas confissões para a prática de outros crimes. Além disso, foi concluído que a confiabilidade de cada uma das confissões teria que ser feita caso a caso e, ainda, que não seria possível admitir que o conteúdo inteiro das confissões obtidas sob tortura não era verídico. Adicionalmente, ficou concluído que a aplicabilidade do art. 15 abrange não só o perpetrador direto, mas também o superior que deu a ordem. A corte de apelações entendeu que o art. 15 da CAT deveria ser aplicado e interpretado restritivamente e que as confissões e/ou declarações obtidas mediante tortura deveriam servir única e exclusivamente para os fins de se provar que o perpetrador cometeu um ato de tortura¹³.

Vale lembrar que no caso das técnicas de interrogatório não muito ortodoxas adotadas pelos Estados Unidos na chamada ‘guerra ao terror’, o próprio secretário de defesa Donald Rumsfeld e o general Ricardo Sanchez permitiram a adoção de técnicas ilegais como privação de comida, posições de stress e utilização de cachorros para amedrontar os acusados de terrorismo, além, obviamente, do regime *incommunicado*. Assim, a doutrina internacional entende que além do perpetrador direto, aquele que consentiu, autorizou ou instigou, aprovou ou ordenou que tortura fosse utilizada em interrogatórios também é culpável¹⁴.

Por outro lado, provas obtidas mediante a violação do direito do acusado de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, poderiam ser utilizadas no processo judicial. O art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao contrário do art. 3º, não configura um direito absoluto, podendo, portanto, ser limitado em vista das circunstâncias do caso concreto. O fundamento do art. 6º reside na proteção do acusado em face de atos impróprios de autoridades estatais, abuso de poder e abuso processual. O direito de não produzir provas contra si mesmo pressupõe que em um determinado processo criminal o objetivo é comprovar a culpabilidade do acusado sem lançar mão de provas obtidas por coerção ou opressão e em desrespeito à vontade do acusado¹⁵. A Corte concluiu que provas reais obtidas por infligir tratamento desumano no acusado pode vir a ser admitida em juízo e o processo pode não ser considerado injusto se tal prova não for determinante para o resultado do processo, i.e., a sentença do acusado¹⁶.

Ressalte-se que atualmente não há consenso entre os Estados, os órgãos de monitoramento, a jurisprudência nacional e internacional, e o entendimento das organizações da sociedade civil com relação ao escopo exato do princípio da exclusão. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos nesse sentido pode ser observada nos casos *Jalloh* e *Harutyunyan v. Armênia* (no. 36549/03, § 63, ECHR 2007-VIII); não obstante, no caso *Jalloh* a Corte Europeia deixou claro que provas obtidas mediante tratamento cruel e desumano não necessariamente resultariam em um julgamento injusto e para tanto uma avaliação caso a caso era indispensável. Além disso, a Corte Europeia já se pronunciou no sentido de que confissões e declarações obtidas mediante prática de tortura contaminam o processo de tal forma que o processo judicial inteiro não pode ser

¹³ PETIT, Robert e AHMED, Anees. *A Review of the Jurisprudence of the Khmer Rouge Tribunal*, Northwestern Journal of International Human Rights, vol.8, 2, 2010.

¹⁴ Essa responsabilidade deriva da famosa responsabilidade de comando ou responsabilidade do superior, consolidada no direito internacional criminal. Ver MELONI, Chantal. *Superior Responsibility for Acts of Torture Committed by Subordinates under International Criminal Law – The Case of US Abuse against Iraqi Prisoners*.

¹⁵ Ver *Saunders v. Reino Unido*, de 17 de dezembro de 1996, § 68, Reports 1996-VI; *Heaney e McGuinness v. Irlanda*, nº 34720/97, § 40, ECHR 2000-XII; e *Jalloh v. Alemanha* § 100.

¹⁶ Ver *Jalloh*, § 100.

considerado justo. Adicionalmente, a Corte considerou que provas incriminadoras obtidas como resultado da prática de tortura nunca deveriam ser utilizadas como prova da culpa da vítima de tortura, sendo seu valor probatório irrelevante, e que uma conclusão em sentido contrário conferiria legitimidade indireta à prática da tortura.

IV. ÔNUS DA PROVA

Muito se discute como o tribunal deve proceder quando há a denúncia de que uma confissão foi obtida mediante tortura e de quem seria o ônus de provar que de fato referida confissão foi obtida mediante tortura.

Como mencionado acima, em *PE v. França* o Comitê CAT entendeu que o próprio Estado deve avaliar e concluir se tortura foi cometida. Foi decidido que existe uma obrigação do Estado de determinar se houve ou não a prática de tortura e se depoimentos ou confissões que façam parte do conjunto probatório foram obtidos dessa forma. O Estado tem, portanto, a obrigação de examinar se as alegações da suposta vítima de tortura são verdadeiras. Ademais, o Comitê CAT indicou que esta obrigação é aplicável, também, a provas obtidas de testemunhas em outros Estados¹⁷. A Austrália, por exemplo, adotou a política de que se não for possível determinar como a prova foi obtida, a prova não deve ser admitida¹⁸.

Adicionalmente, Organizações Não-Governamentais alegam que é dever do Estado investigar prontamente e de forma eficiente toda e qualquer alegação de que tortura foi cometida. Assim, é essencial que a investigação seja feita: (i) prontamente, (ii) de forma independente, (iii) de forma detalhada e rígida, e (iv) com a participação das vítimas e aberta ao escrutínio público¹⁹.

Em *Gäfgen v. Alemanha*, a Corte Europeia entendeu que assim que uma queixa é feita por indivíduo, alegando que tortura teria sido cometida, o Estado é o responsável por investigar de forma minuciosa e eficiente referida alegação. Para tanto, é essencial que o Estado tenha normas nacionais que criminalizem e penalizem a prática de tortura.

V. DEFENSORIA PÚBLICA NA EUROPA

Em *PE v. França* foi reconhecida a interpretação do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura²⁰ no que diz respeito a três direitos que podem afastar ou mitigar a prática de tortura por autoridades estatais. São eles: (a) o direito da pessoa de informar um parente próximo ou um terceiro sobre sua situação; (b) o direito a um advogado de sua escolha; e (c) o direito de ser examinado por um médico de sua escolha. Esses direitos são

¹⁷ Ver *A v Secretário do Estado*, § 9.

¹⁸ *Australia's compliance with the Convention Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment*. Elaborado por Human Rights and Equal Opportunity Commission, fevereiro de 2007. Disponível em <http://www.hreoc.gov.au/legal/submissions/2007/aust_compliance_with_the_convention_against_torture.html>. Último acesso em 20 de outubro de 2010.

¹⁹ *Join Letter from Aire Centre, Amnesty International, British Irish Human Rights Watch, Cageprisoners, Justice, Liberty, Redress, Reprieve, Medical Foundation for the Care of Victims of Torture*, de 8 de setembro de 2010. Disponível em <www.univie.ac.at/bimtor/news/940>. Último acesso em 13 de novembro de 2010.

²⁰ Ver nesse sentido o Relatório do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura sobre a situação da Espanha em 2001, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 2003*, [CPT/Inf(2003)22].

considerados garantias fundamentais que coíbem tratamento degradante e a prática de tortura, as quais devem ser aplicadas desde o momento em que a pessoa é detida (desde a privação da liberdade de ir e vir da pessoa). Além disso, como observado acima, em *G.K. v. Suíça*, o Comitê CAT notou que o regime *incommunicado* facilita a prática de tortura.

Em um recente estudo realizado na Europa sobre a efetividade da defensoria pública²¹, chegou-se a uma recomendação geral às diversas jurisdições europeias de se fornecer ao acusado uma carta de direitos quando este chegar ao centro de detenção ou departamento de polícia após sua prisão. Referida carta de direitos deverá informá-lo de todos os seus direitos durante a fase inquisitiva e durante a fase processual. Nas jurisdições nas quais advogados de defesa não são necessários, a recomendação feita foi de que o acusado tivesse acesso imediato a um advogado.

Referido estudo constatou que pouca atenção era dada ao papel da defensoria pública. Negligenciava-se a necessidade de uma defensoria pública efetiva e capacitada para a defesa daqueles que não tinham meios financeiros para pagar um advogado. O direito à defesa efetiva foi considerado como um direito essencial do réu. Além disso, concluiu-se que em muitas jurisdições o direito a um advogado era assegurado em lei, mas não era implementado de forma eficiente na prática (ex.: defensor público não conseguia ser localizado ou contatado em 24 horas) e, portanto, o réu não conseguia exercer seu direito a ampla defesa.

Na Bélgica, por exemplo, os direitos do indiciado são diferentes dos direitos de um indivíduo considerado objeto de investigação (“*target of investigations*”). Este último não precisa ser informado da natureza do crime ou da investigação antes de ser formalmente indiciado. Não há necessidade de se informar por escrito um indiciado e/ou um suspeito de seus direitos (inclusive seu direito de permanecer em silêncio). Adicionalmente, não há necessidade de se informar um suspeito de que (i) ele tem direito a um advogado e (ii) se ele não tiver meios financeiros, ele tem direito a um defensor público. Não há a necessidade da presença de um advogado no momento do interrogatório pela polícia ou por um juiz investigador (vale lembrar que o sistema da Bélgica adota a figura do “*juge d’instruction*”, o qual atua juntamente com a polícia).

Por outro lado, na Inglaterra não há distinção entre acusado e pessoa objeto de investigação. O acusado não tem direito de ser informado sobre a natureza das investigações antes do interrogatório. O acusado tão-somente tem direito de saber o motivo da existência de um mandado de prisão. O silêncio do acusado no momento do interrogatório pode ser interpretado como admissão de culpa e pode ser suscitado em juízo que o acusado permaneceu em silêncio e, portanto, admitiu sua culpa. Os acusados, tanto na fase de investigação como na fase de julgamento, necessariamente devem divulgar a natureza de sua defesa.

Na Finlândia, no momento da prisão, não há necessidade de se informar o acusado de seus direitos e/ou do seu direito de permanecer em silêncio. O réu pode ser julgado à revelia e sem advogado, caso tenha confessado o crime anteriormente ou se o crime cometido é considerado corriqueiro. Adicionalmente, os advogados de defesa não

²¹ *Effective Defence rights in the EU and access to justice: investigating and promoting best practice*, elaborado e produzido por Maastricht University, Justice, the University of the West of England e Open Society Justice Initiative.

precisam ter experiência criminal anterior, nem estar inscritos na Ordem dos Advogados da Finlândia.

Na França, acesso a um advogado no momento da prisão não é garantido e está limitado a uma consulta de 30 minutos após a prisão (procedimento “*Garde à Vue*”). O advogado de defesa pode ser excluído do interrogatório e muitas vezes não tem acesso ao inquérito. Na fase inquisitiva, o acusado não precisa ser informado de seus direitos nem do seu direito de permanecer em silêncio. Na cultura legal francesa, não há qualquer comutatividade entre as partes, existindo uma forte separação entre juízes e promotor de um lado e advogados de defesa de outro. Os juízes e os promotores passam pelo mesmo treinamento e são vistos como superiores. Os advogados de defesa são vistos como “suspeitos” por defenderem determinada pessoa acusada de ter cometido um crime. A recomendação específica feita à França no estudo foi no sentido de que os advogados de defesa fossem equiparados aos promotores.

Na Alemanha, assim como na Bélgica, há uma diferenciação entre suspeito e indiciado. Suspeito não tem os mesmos direitos do acusado como, por exemplo, acesso a um advogado e o direito de ser informado das acusações. Apesar dos indiciados terem direito a um advogado antes do interrogatório, geralmente isso não ocorre na prática: os próprios agentes da polícia convencem o acusado de que um advogado de defesa não é necessário. No caso *Gäfgen v. Alemanha*, o acusado, quando preso, após ser examinado por um médico, foi informado de que era suspeito de ter seqüestrado o menino J. e foi informado de seus direitos, i.e., direito a um advogado e direito de permanecer em silêncio. Entretanto, Gäfgen não solicitou a presença de um advogado durante o interrogatório, momento no qual o tratamento degradante foi realizado. Os advogados de defesa geralmente não têm acesso ao inquérito e os defensores públicos são disponíveis somente em circunstâncias extremas, tendo por base a seriedade da acusação e a vulnerabilidade do acusado, e não a necessidade financeira. A situação financeira do réu é somente levada em consideração quando o juiz tiver que determinar se o reembolso das despesas com o processo é cabível.

VI. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE GÄFGEN V. ALEMANHA²²

O caso *Gäfgen v. Alemanha* gerou polêmica no debate sobre a proibição da tortura. Apesar da retórica da Corte ter enfatizado que tortura e tratamento degradante ou desumano nunca são admissíveis, a decisão da Corte pende para outro lado. Ficou concluído que provas obtidas como resultado direto de tratamento degradante ou desumano não necessariamente comprometiam a paridade ou a justiça do processo. A seguir uma breve explanação dos fatos do caso e dos motivos que levaram a Corte a adotar a decisão em questão.

Fatos. O reclamante Gäfgen era colega de uma moça X., a qual por sua vez tinha um irmão mais novo, o menino J., de 11 anos de idade. Gäfgen atraiu o menino J. para seu apartamento em Frankfurt sob o pretexto de que sua irmã X. havia lá esquecido uma blusa. O menino J. foi sufocado pelo reclamante e seu corpo largado perto de um rio. O reclamante, então, enviou aos pais do menino J. um bilhete exigindo o pagamento de

²² Ver *Gäfgen v. Alemanha*, nº 22978/05. Ver também: SIMONSEN, Natasha. *Is Torture Ever Justified?: The European Court of Human Rights Decision in Gäfgen v. Germany*. EJIL Analysis, disponível em < <http://www.ejiltalk.org/%E2%80%98is-torture-ever-justified%E2%80%99-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/>>.

resgate²³. O reclamante recebeu o resgate em dinheiro e se dirigiu ao aeroporto de Frankfurt para fugir do país, onde foi preso pela polícia alemã. Ele falou para a polícia que o menino J. ainda estava vivo e mantido sob cárcere privado por dois outros seqüestradores, os quais, na realidade, não existiam. O reclamante se negou a divulgar a localização desse suposto cativo. Acreditando que a vida do menino J. estava sob perigo, e tendo em vista a contínua resistência de Gäfgen em divulgar o local do cativo, na manhã seguinte à prisão, o inspetor de polícia encarregado da investigação autorizou o oficial E. a ameaçar Gäfgen de tal forma que a dor e o medo fossem tantos que Gäfgen acabaria revelando o local. E. foi autorizado a usar a força, caso necessário. O uso da força deveria ser realizado sob supervisão médica de um policial treinado para tanto, o qual estaria a caminho da delegacia de Frankfurt para acompanhar o tratamento que seria dispendido. A autorização do inspetor de polícia para a utilização das ameaças e do uso da força foi devidamente documentada nos arquivos da polícia e foi dada contrariamente às ordens dos superiores de referido inspetor de polícia. O reclamante alegou que foi empurrado pelo peito várias vezes, chacoalhado de tal forma que bateu sua cabeça contra a parede e ameaçado de ser abusado sexualmente por dois homens²⁴. Aproximadamente 10 minutos depois, Gäfgen acabou confessado o crime e admitiu que o menino J. estava morto. Ele concordou em levar a polícia até o local do crime onde tivera deixado o corpo. Ele reiterou sua confissão após esse incidente, inclusive em juízo.

Decisão Alemã. Na esfera doméstica, a confissão do reclamante foi excluída do conjunto probatório. Entretanto, as provas obtidas como resultado da confissão (i.e., o corpo do menino J.) foram admitidas em juízo. No segundo dia de julgamento na Alemanha, Gäfgen foi informado de que sua confissão não era admissível em juízo, mas que as provas obtidas como resultado da confissão eram admissíveis (os chamados frutos da árvore envenenada). Nesse mesmo dia, Gäfgen confessou parcialmente o crime quando chamado para testemunhar. Na fase final do julgamento, Gäfgen confessou o crime na sua totalidade, além de dizer que estava arrependido. Ao final, ele foi condenado por homicídio e extorsão mediante sequestro.

Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos. A decisão da Corte levou em consideração dois elementos: (i) se o art. 3º da Convenção Europeia tinha sido violado; e (ii) se o direito a um julgamento justo havia sido violado, vis-à-vis o art. 6º da Convenção Europeia.

Art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

- É pacífico o entendimento de que a ameaça de tortura ou a ameaça de despender uma dor considerável contra o suspeito é uma violação ao art. 3º. Entretanto, a jurisprudência da Corte demonstra certa hierarquia entre tortura e tratamento desumano ou degradante. Apesar de referida hierarquia não estar disposta na Convenção Europeia, está de certa forma mencionada nos arts. 1º e 16 da CAT. Na questão se o tratamento dado à Gäfgen constituía tortura ou tratamento degradante ou desumano, a Corte Europeia de Direitos Humanos aplicou os elementos destacados acima (vide item II).

²³ Ver *Gäfgen v. Alemanha*, §§ 10 e segs.

²⁴ Esses elementos não foram considerados pela Corte Europeia, pois esta entendeu que não havia provas o suficiente para sua comprovação.

- A Corte acabou concluindo que o tratamento era degradante e desumano, mas não tortura (vide item II acima).
- Assim, tendo em vista o entendimento da Corte, distinções foram feitas com relação às implicações de um tratamento e de outro. Nos termos do art. 15 da CAT, conforme explicitado acima, depoimentos, declarações e confissões obtidos sob tortura são inadmissíveis em juízo; entretanto, a mesma consequência não é necessariamente aplicável aos casos de tratamento degradante ou desumano.
- Como podemos observar do caso *Jalloh v. Alemanha* perante a Corte Europeia, há uma importante distinção entre tortura e demais tratamentos. A admissibilidade de provas (quer sejam confissões ou provas que derivam ou são resultantes de referidas confissões) obtidas sob tortura prejudicam a paridade do processo e resultam em um julgamento injusto. Esse entendimento foi corroborado pela Câmara dos Lordes da Inglaterra no julgamento *A v. Secretário do Estado*.
- Apesar dos policiais terem agido sob a crença de que a vida do menino J. estava em perigo, a Corte Europeia de Direitos Humanos esclareceu que o total respeito ao art. 3º não admitia exceções e era alheio à natureza e seriedade do crime supostamente cometido e à conduta da pessoa vítima de tortura.

Art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

- A Corte entendeu que o direito de Gäfgen a um julgamento justo na Alemanha não havia sido violado. Neste sentido, é importante ressaltar duas questões, abaixo mencionadas.
- A Corte concordou que todas as confissões feitas na fase inquisitiva eram inadmissíveis e contaminadas pelo efeito contínuo do tratamento desumano. Não obstante, a Corte entendeu que o mesmo não era aplicável às confissões feitas durante a fase processual. Assim, a linha de raciocínio da Corte Europeia foi: a exclusão, no processo criminal na Alemanha, das confissões feitas durante a fase inquisitiva e o fato de terem informado Gäfgen de seu direito de permanecer em silêncio durante a fase inquisitiva, quebraram o nexo causal entre o tratamento desumano e as confissões feitas em juízo.
- Adicionalmente, a Corte Europeia concluiu que a admissão de provas obtidas como resultado da confissão feita na fase inquisitiva não violou o art. 6º da Convenção Europeia. A Corte admitiu que esse entendimento seria diverso se o tratamento dado à Gäfgen tivesse restado configurado como tortura. A Corte entendeu que como regra geral deveriam ser diferenciadas provas obtidas como resultado de tratamento degradante ou desumano e provas obtidas como resultado de tortura.
- Além disso, a Corte afirmou que a regra de exclusão não seria aplicável se as provas não tivessem efeitos ou peso o suficiente para o resultado do processo. No caso em questão, Gäfgen acabou caindo nesta exceção tendo em vista que sua sentença condenatória tinha sido baseada nas confissões feitas na fase processual, em juízo, e não nas provas obtidas como resultado do tratamento desumano.

VII. Índice

A seguir um breve índice de alguns casos comentados acima.

Partes	Halimi-Nedzibi v. Áustria
Órgão	Comitê CAT
Fundamento	Reclamante invocou os arts. 15 e 22 da CAT.
Fatos	Reclamante supostamente foi torturado na Áustria (ameaças de morte, afogamento e espancamento). Confissões e testemunhos foram obtidos do reclamante enquanto sob tortura e preso na Áustria. As confissões foram aceitas no processo criminal na Áustria.
Decisão	Por falta de provas, o Comitê CAT não condenou a Áustria pelos atos de tortura, mas condenou-a pela morosidade injustificada na investigação do perpetrador.

Partes	Cariboni v. Uruguai
Órgão	Comitê de Direitos Humanos.
Fundamento	Reclamante invocou os arts. 7, 10(1), 14(1), 14(3)(c) e 14(3)(g) do PIDCP.
Fatos	Reclamante foi torturado no Uruguai na época da ditadura militar (encapuzado e com as mãos amarradas, tinha que ficar imóvel e não tinha acesso à água e/ou alimentos). Foi torturado, ficou <i>incommunicado</i> e condições de prisão eram desumanas e cruéis. A tortura foi, principalmente, mental. Confissões obtidas sob tortura foram aceitas no tribunal no Uruguai.
Decisão	O Comitê de Direitos Humanos condenou o Uruguai a remediar a situação do reclamante, principalmente uma compensação monetária.

Partes	Gäfgen v. Alemanha
Órgão	Corte Europeia de Direitos Humanos.
Fundamento	Reclamante invocou os arts. 3º e 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.
Fatos	Reclamante alegou que teria sido ameaçado de tortura e agredido fisicamente pelo inspetor chefe encarregado da investigação. Reclamante havia seqüestrado uma criança de 11 anos e a ameaça de tortura havia sido feita a fim de se obter uma confissão do reclamante com relação à localização da criança.
Decisão	A Corte entendeu que o tratamento ao qual o reclamante tinha sido

	<p>submetido não era suficiente para a caracterização de tortura, mas sim de tratamento desumano.</p> <p>A Corte reconheceu expressamente que tortura pode ser tanto física como mental.</p>
--	--

Partes	G.K. v. Suíça
Órgão	Comitê CAT
Fundamento	Art. 15 da CAT
Fatos	<p>Reclamante foi preso na Suíça e aguardava extradição para a Espanha, sob a acusação de fazer parte do ETA.</p> <p>Reclamante alegou que não poderia ser extraditado para a Espanha tendo em vista que naquele país seria submetido à tortura e tratamento degradante tendo em vista a suposta prática da Guarda Civil espanhola com suspeitos terroristas integrantes do ETA, em especial a prisão <i>incommunicado</i> e a prática de tortura nas prisões.</p>
Decisão	<p>O Comitê CAT entendeu que o pedido de extradição não violaria os arts. 3 e 15 da CAT, tendo em vista que cabe ao Estado parte determinar se houve ou não tortura.</p> <p>O Comitê CAT, ainda, reiterou seu entendimento em <i>PE v. França</i> e foi além ao entender que cabe ao reclamante demonstrar que suas alegações são fundadas, após isso o ônus da prova é transferido às autoridades competentes para investigar e determinar se houve ou não tortura.</p>

Partes	PE v. França
Órgão	Comitê CAT
Fundamento	Art. 15 da CAT
Fatos	<p>Reclamante foi presa na França sob acusação de fazer parte do ETA.</p> <p>Reclamante alegou que não poderia ser extraditada para a Espanha tendo em vista que naquele país seria submetida à tortura e tratamento degradante tendo em vista a suposta prática da Guarda Civil espanhola com suspeitos terroristas integrantes do ETA.</p> <p>Reclamante alegou que sua prisão foi baseada no depoimento extraído de um terceiro sob tortura.</p> <p>Importante notar o argumento da França para a extradição: o art. 15 exclui provas que foram obtidas sob tortura “established to have been made as a result of torture”. A França argüiu que a mera suspeita de tortura não tem o condão de afastar a admissibilidade da prova.</p>
Decisão	<p>O Comitê CAT entendeu que deveria haver uma decisão pela corte espanhola determinando se o depoimento do terceiro que levou à prisão da reclamante foi ou não obtido mediante tortura antes de se apreciar a petição da reclamante.</p> <p>Portanto, o Comitê CAT entendeu que os fatos não permitiam uma avaliação se o art. 15 tinha ou não sido violado.</p>

