

IRENEU CABRAL BARRETO
Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

ANOTADA

3.ª EDIÇÃO REVISTA E ACTUALIZADA



Coimbra Editora

2005

Mas tudo isto não é incompatível com o facto de se reservar apenas ao advogado do acusado o acesso ao processo ⁽⁴⁴⁰⁾.

Sublinhe-se que o *segredo de justiça* pode justificar que o *acusado* só tenha acesso ao processo após a *acusação* ⁽⁴⁴¹⁾, embora tenham de lhe ser comunicados os dados de que necessitar para contestar as decisões que o prejudiquem, nomeadamente as relativas à prisão preventiva (cf. anotação ao n.º 4 do artigo 5.º).

Por outro lado, mesmo que a *Convenção* não garanta expressamente o direito do *acusado* de contactar o seu defensor, ao contrário do que acontece no artigo 14.º, n.º 3, alínea b), do Pacto, este mesmo direito decorre da combinação das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 6.º

Efectivamente, o defensor não poderia *assistir ao acusado* se não pudesse *entrevistar-se* previamente com este ⁽⁴⁴²⁾.

Este direito pode sofrer algumas limitações ditadas pela necessidade da *investigação* ⁽⁴⁴³⁾.

9.3. A alínea c) do n.º 3 do artigo 6.º estabelece para o *acusado* o *direito de se defender a si próprio ou de ter assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poderá ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem* ⁽⁴⁴⁴⁾.

Tudo isto no processo penal, pois a *Convenção* não garante a assistência judiciária em processo civil, embora o respeito por um processo equitativo possa torná-la necessária ⁽⁴⁴⁵⁾.

E quando a assistência judiciária é concedida no processo civil, é razoável subordinar a concessão a certas condições, nomeadamente à situação financeira do requerente e às possibilidades de sucesso da acção ⁽⁴⁴⁶⁾.

9.3.1. Estas garantias constituem um outro aspecto fundamental do direito a um processo equitativo ⁽⁴⁴⁷⁾: o direito de defender-se de maneira adequada postula uma defesa, não teórica ou ilusória, mas concreta e efectiva, o que poderá exigir que o Estado forneça uma assistência judiciária gratuita ⁽⁴⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁰⁾ Acórdãos Kamastinski, A 168, pág. 39, § 88, e Krenzow, A 268-B, pág. 42, § 52.
⁽⁴⁴¹⁾ Decisão de 22 de Março de 1972, Queixa n.º 462270, *Rec.*, n.º 40, pág. 15.
⁽⁴⁴²⁾ Acórdão Campbell e Fell, A 80, pág. 45, § 99.
⁽⁴⁴³⁾ Relatório de 9 de Julho de 1981, Queixa n.º 846378, *Déc. Rap.* 26, pág. 38.
⁽⁴⁴⁴⁾ Decisão de 14 de Julho de 1987, Queixa n.º 10 594/84, *Déc. Rap.* 52, pág. 158.
⁽⁴⁴⁵⁾ Decisão de 14 de Julho de 1987, Queixa n.º 10 594/84, *Déc. Rap.* 52, pág. 158.
⁽⁴⁴⁶⁾ Decisão de 10 de Julho de 1986, Queixa n.º 10 871/84, *Déc. Rap.* 48, pág. 154; ver, ainda, Decisão de 10 de Julho de 1990, Queixa n.º 8158/78, *Déc. Rap.* 21, pág. 95; alíis um sistema de assistência judiciária não pode funcionar sem a existência de um dispositivo permitindo seleccionar os casos susceptíveis de dela beneficiar — Acórdão Grabore, de 19 de Setembro de 2000, R00-IX, pág. 424, § 41.
⁽⁴⁴⁷⁾ Acórdãos Monnell e Morris, A 115, pág. 21, § 53, e Melin, de 22 de Junho de 1993, A 261-A, pág. 11, § 21.
⁽⁴⁴⁸⁾ Acórdãos Artico, A 37, pág. 15, § 33, Imbroschi, A 275, pág. 13, § 38, e Bertuzzi, de 13 de Fevereiro de 2003, R03-III, pág. 113, § 30.

As garantias oferecidas nesta alínea apresentam-se a três níveis:

- Defender-se a si próprio;
- Ter a assistência de um defensor da sua escolha;
- Se não tiver meios, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso ⁽⁴⁴⁹⁾.

Para ligar estes três elementos, a versão inglesa emprega a conjunção disjuntiva «ou» enquanto a versão francesa apenas utiliza esta conjunção para ligar o primeiro e segundo elementos, para em seguida utilizar a conjunção copulativa «e»; tendo em vista o fim e o objecto da *Convenção*, o texto francês fornece neste caso um guia mais seguro.

Por consequência, um *acusado* que não quer defender-se por si próprio, deve poder recorrer aos serviços de um advogado da sua escolha; e, se não tiver possibilidades de o remunerar, a *Convenção* reconhece-lhe o direito à assistência gratuita de um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o justificarem ⁽⁴⁵⁰⁾.

Portanto, só os dois primeiros direitos se apresentam em alternativa, deixados à opção do *acusado*; poderá esta escolha ser objecto de restrições?

Da leitura do Acórdão no caso: *Engel e outros* ⁽⁴⁵¹⁾, poderia deduzir-se que o *acusado* que se encontra apto a defender-se por si próprio não terá direito a escolher um defensor, parece preferível, no entanto, entender que este direito de escolha de um advogado é deixado à *discrição do acusado* que, não tendo meios para o remunerar, será assistido por um defensor oficioso ⁽⁴⁵²⁾.

O direito do *acusado* de se defender por si próprio não é, porém, um direito absoluto, podendo os Estados, pela via legislativa ou por decisão judicial, impor a obrigação de a defesa ser assegurada por um advogado.

Os Estados contratantes podem escolher os meios adequados para permitir ao seu sistema judiciário garantir os direitos de defesa, e exigir assim que a representação no processo penal seja assegurada por um advogado ⁽⁴⁵³⁾.

Deixa-se aos Estados a eleição dos meios de defesa do *acusado*.

Em princípio, o *acusado*, presente ou não à audiência, tem o direito de ser efectivamente defendido por um advogado, ao menos nomeado oficiosamente, correspondendo este direito a um dos elementos fundamentais de um processo equitativo ⁽⁴⁵⁴⁾.

⁽⁴⁴⁹⁾ Acórdão Pakelli, A 64, pág. 15, § 31.
⁽⁴⁵⁰⁾ § 31 do Acórdão Pakelli; ver, ainda, os Acórdãos Campbell e Fell, A 80, pág. 45, § 99, Twalib, de 9 de Junho de 1998, R97-IV, pág. 1427, § 46, e Ezzh e Comors, de 9 de Outubro de 2003, R03-X, pág. 208, § 134.
⁽⁴⁵¹⁾ A 22, pág. 98, § 91; ver ainda P.C. e S./Reino Unido, de 16 de Julho de 2002, R02-VI, pág. 272, § 88.
⁽⁴⁵²⁾ Ver Jacques Velt e Russen Enges, *ob. cit.*, pág. 494.
⁽⁴⁵³⁾ Acórdão Croissant, de 25 de Novembro de 1992, A 237-B, pág. 32, § 27, Decisão do Tribunal, de 17 de Novembro de 2001, Queixa n.º 48 188/99, R01-XIII, pág. 153, e Decisões de 11 de Dezembro de 1973, Queixa n.º 5730/72, *Digest*, vol. 2, pág. 826, e de 11 de Dezembro de 1990, Queixa n.º 16 598/90, *Déc. Rap.* 66, pág. 260.
⁽⁴⁵⁴⁾ Acórdãos F. C. B., A 208-B, pág. 21, § 33, e Politimol, A 277-A, págs. 14-15, § 34.

O advogado deve poder assistir à audiência e conduzir a defesa mesmo na ausência do acusado (455).

A tarefa dos órgãos da *Convenção* consiste em verificar se o meio oferecido se enquadra nas garantias de um processo equitativo; a nomeação de um defensor durante a instrução depende das particularidades do processo e das circunstâncias da causa no conjunto do processo (456).

Mas, em geral, a equidade exigirá que um *acusado* tenha o benefício da assistência de um advogado desde os primeiros interrogatórios feitos pela polícia, recusar-se o acesso a um advogado durante 24 horas após a sua prisão não é conciliável com o disposto nesta alínea (457).

Efectivamente, como se viu, o primeiro objectivo do artigo 6.º, no processo penal, é assegurar um processo equitativo no seu todo; ora, a equidade pode ser gravemente prejudicada pelas falhas que se possam verificar, desde logo, no início do processo (458). Se, podendo fazê-lo, o *acusado* não assume a sua defesa, o *acusado* terá, repet-se, o direito à assistência de um advogado da sua escolha.

Para ter esta liberdade é necessário que o *acusado* tenha meios para o remunerar (459); e, nesta hipótese, as leis internas podem regulamentar o exercício da profissão diante dos tribunais, resultando daqui uma limitação de escolha (460).

Quando um *acusado* não consegue obter a assistência de um advogado, não poderá falar-se de responsabilidade internacional do Estado Parte, salvo se a recusa do advogado se explicar pelas pressões da autoridade pública (461).

A assistência de um defensor oficioso está subordinada a duas condições, já antes aforçadas:

- a) Falta de meios para remunerar um advogado;
- b) Os interesses da justiça.

Fora deste quadro, a *Convenção* não reconhece o benefício da assistência judiciária. Se o *acusado* não tem meios, um defensor será nomeado quando os interesses da

(455) Acórdãos Pelladoh, A 289-B, § 41, Lala, A 298, § 34, Van Geysseghem, de 21 de Janeiro de 1999, R99-1, pág. 171, § 35, e Van Peit, de 23 de Maio de 2000, § 67 (nro publicado).

(456) Acórdãos Granger, de 28 de Maio de 1990, A 174, pág. 18, § 47, Quaranta, de 24 de Maio de 1991, A 205, págs. 16-18, § 30, e Imbrioscia, A 275, pág. 13, § 38.

(457) Acórdãos John Murray, R96-1, pág. 55, § 66, Averil, de 6 de Junho de 2000, R00-VI, pág. 253, § 58, Magee, de 6 de Junho de 2000, R00-VI, pág. 198, § 44, Brennan, de 16 de Outubro de 2001, R01-X, págs. 257 e 262, §§ 45 e 58, e Panica, de 3 de Junho de 2003, § 286, e Decisão do Tribunal, de 15 de Maio de 2003, Queixa n.º 49 158/99, R03-VII, pág. 425.

(458) Decisão de 27 de Fevereiro de 1997, Queixa n.º 31 195/96, Déc. Rap. 88-A, pág. 169.

(459) Decisão de 2 de Junho de 1960, Queixa n.º 646/76, Ann. Conv., vol. III, pág. 273.

(460) Decisão de 8 de Julho de 1978, Queixas n.ºs 7572/76, 7586/76 e 7587/76, Déc. Rap. 14, pág. 64; pense-se, por exemplo, nas exigências específicas para pleitear nas instâncias de recurso.

(461) Decisão de 18 de Dezembro de 1963, Queixas n.ºs 1420/62, 1477/62 e 1478/62, Ann. Conv., vol. VI, pág. 591.

justiça o exigirem — conceito vago que deixa uma larga margem de apreciação, podendo dizer-se que as recusas arbitrárias são sancionadas (462).

No entanto, relembrando a jurisprudence dos órgãos da *Convenção* alguns critérios, como, por exemplo, a gravidade da infracção e da pena correspondente ou a complexidade do processo (463), a recusa de assistência de defensor, nas instâncias de recurso, a um *acusado* condenado a uma grave pena ofende o disposto nesta alínea (464).

No seu Acórdão, no caso *Monnell e Morris* (465), o Tribunal precisou que os interesses da justiça não justificam a atribuição de um defensor oficioso todas as vezes que um condenado, não tendo qualquer possibilidade objectiva de sucesso, decair interpor recurso depois de ter beneficiado em 1.ª instância de um processo equitativo.

O *acusado* não tem o direito de escolher o defensor oficioso (466), nem o pode mudar, uma vez designado (467).

Por outro lado, o *acusado* tem direito à assistência de um defensor oficioso e não apenas à designação, o que acarreta para o Estado especiais obrigações, incumbindo-lhe tomar medidas positivas destinadas a assegurar o exercício efectivo desse direito.

Note-se, por exemplo, que uma acusação feita a alguém que não é capaz de agir por sua própria conta e que está sob um regime de curatela deve ser comunicada ao curador — Acórdão Vaudelle, de 30 de Janeiro de 2001, R01-I, pág. 234, § 65.

O *acusado* tem direito a uma defesa efectiva, incumbindo às autoridades competentes, respeitando a independência dos advogados, actuar de modo a assegurar ao interessado o gozo efectivo daquele direito — Acórdão Daud, de 21 de Abril de 1998, R97-II, págs. 749 e 750, §§ 35 e 40.

Esta ideia foi desenvolvida pelo Tribunal no Acórdão proferido no caso *Ariceo*: o artigo 6.º, n.º 3, alínea c), fala de assistência e não de designação.

Ora, a segunda não assegura por ela própria a primeira, pois o defensor oficioso pode morrer, ficar doente ou impedido ou não cumprir os seus deveres.

Uma vez advertidas, as autoridades devem substituí-lo ou levá-lo a desempenhar a sua tarefa; caso contrário, a assistência judiciária tornar-se-ia apenas uma palavra vã.

(462) Acórdão Pham Hoang, A 243, pág. 23, § 39, e Decisão de 7 de Outubro de 1967, Queixa n.º 3104/67, Digesol, vol. 2, pág. 855.

(463) Ver, por todos, Acórdão Quaranta, A 205, pág. 17, §§ 33-34; cf. os Acórdãos Benham, de 10 de Junho de 1996, R96-III, pág. 757, § 60, e Guffrundi, de 12 de Junho de 2003, R03-VII, pág. 85, § 34.

(464) Acórdãos Bonnet, de 28 de Outubro de 1994, A 300-B, § 43, e Maxwell, de 28 de Outubro de 1994, A 300-C, § 40.

(465) A 115, pág. 25, § 67; cf. também o Acórdão Granger, A 174, pág. 16, §§ 46-47.

(466) Decisões do Tribunal, de 21 de Novembro de 2000, Queixa n.º 53 590/99, R00-XI, pág. 525, e de 7 de Setembro de 2004, Queixa n.º 58 753/00, e Decisões de 6 de Julho de 1976, Queixa n.º 6946/75, Déc. Rap. 6, pág. 114, e de 9 de Maio de 1989, Queixa n.º 12 152/86, Déc. Rap. 61, pág. 171.

(467) Decisão de 1 de Março de 1991, Queixa n.º 13 572/88, Déc. Rap. 69, pág. 198.

Não deverá imputar-se ao Estado todas as deficiências do defensor oficioso, mas em certas circunstâncias, nomeadamente quando o Estado possa controlar e, se necessário, corrigir o seu comportamento, pode-se-lhe exigir a tomada de medidas positivas destinadas a garantir o gozo efectivo do direito em questão.

Para que haja infracção desta alínea não é necessário provar que a falta de assistência causou realmente um prejuízo ao acusado ⁽⁴⁶⁸⁾.

Outra terra de ser a posição quando o advogado é livremente escolhido pelo acusado ⁽⁴⁶⁹⁾: regra geral, os actos ou decisões do advogado de um *acusado* não implicam responsabilidade para o Estado, tendo em conta a independência da advocacia.

A condução da defesa pertence ao interessado e aos seus representantes; os Estados não têm a obrigação de aí se imiscuírem, a não ser em caso de carência manifesta ou suficientemente assinalada à sua atenção ⁽⁴⁷⁰⁾.

O Tribunal reservou inicialmente a sua posição quanto a obrigação para o acusado, em caso de condenação, de remunerar o defensor oficioso ⁽⁴⁷¹⁾; actualmente, considera-se que aquela remuneração poderá ser exigida se o *acusado* vier a melhorar a sua situação económica ⁽⁴⁷²⁾.

Segundo certa doutrina, fundada na jurisprudência do Tribunal sobre os custos de interpretação, esta gratuidade seria definitiva ⁽⁴⁷³⁾.

⁽⁴⁶⁸⁾ A 37, págs. 16-18, §§ 33-35, que se traduziu livremente. Neste «Casos», Artico tinha obtido o benefício de assistência judiciária gratuita, mas o advogado nomeado, por falta de tempo, aconselhou-o a dirigir-se a um outro colega; Artico colocou a questão ao tribunal que lhe tinha nomeado defensor sem sucesso.

O Tribunal entendeu que havia violação, porquanto se deveria ter substituído o defensor oficioso ou tê-lo obrigado a desempenhar bem a sua tarefa.

No Acórdão Goddi, A 76, págs. 11-133, §§ 27-322, o Tribunal entendeu que havia violação, porquanto, perante a falta à audiência do defensor oficioso, o tribunal nomeou um outro mas não lhe concedeu tempo suficiente para estudar o processo.

Ver também, sobre esta matéria, os Acórdãos Kamasinski, A 168, pág. 33, § 65, Quaranta, A 205, pág. 17, §§ 33-34, Daud, de 21 de Abril de 1998, R97-II, pág. 749, § 38, e Czechalla, de 10 de Outubro de 2002, R02-VIII, pág. 59, § 68 (recusa de um recurso apresentado por um defensor oficioso por falta de conclusões), e Decisões do Tribunal, de 19 de Outubro de 2000, Queixa n.º 45 995/99, R00-XI, pág. 471 (liberdade de um defensor oficioso para apresentar ou não um recurso), de 23 de Outubro de 2001, Queixa n.º 50 720/99, R01-XI, pág. 353, e Decisão do Tribunal, de 21 de Novembro de 2000, Queixa n.º 53 590/99, R00-XI, pág. 525; em sentido algo diferente, a Decisão de 21 de Outubro de 1996, Queixa n.º 27 266/95, Déc. Rap. 87-A, pág. 100.

⁽⁴⁶⁹⁾ Acórdão Tripodi, de 22 de Fevereiro de 1994, A 281-B, pág. 46, § 30.

⁽⁴⁷⁰⁾ Acórdãos Imbrioscia, A 275, pág. 14, § 41, e Stanford, de 23 de Fevereiro de 1994, A 282-A, pág. 11, § 28.

⁽⁴⁷¹⁾ Acórdão Luedicke, Belcsem e Koc, A 29, pág. 18, §§ 43-44.

⁽⁴⁷²⁾ Acórdão Croissant, de 25 de Agosto de 1992, A 237-B, págs. 34-35, §§ 33-38, e Decisões de 6 de Maio de 1982, Queixa n.º 9365/81, Déc. Rap. 28, pág. 229, e de 4 de Julho de 1983, Queixa n.º 9419/81, Déc. Rap. 33, pág. 153.

⁽⁴⁷³⁾ Jacques Velu e Ruesen Ergec, *ob. cit.*, págs. 500 e segs., e os autores aí referidos.

9.3.2. As relações entre o acusado, sobretudo quando detido, e o seu defensor têm sido objecto de preocupação.

O Tribunal notou que, contrariamente a várias legislações nacionais e ao artigo 8.º, n.º 2, alínea d), da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, a Convenção não consagra em termos expressos o direito, para o acusado, de comunicar sem entrave com o seu advogado.

Invocando o artigo 93.º das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, anexo da Resolução n.º (73)5 do Comité de Ministros ⁽⁴⁷⁴⁾, e o artigo 3.º, n.º 2, do Acordo Europeu Relativo às Pessoas Participantes nos Processos perante a Comissão e o Tribunal Europeus dos Direitos do Homem ⁽⁴⁷⁵⁾, o Tribunal concluiu que o direito do *acusado* de comunicar com o seu advogado sem que seja escutado figura entre as exigências elementares de um processo equitativo numa sociedade democrática, direito que decorre do artigo 6.º, n.º 3, alínea c) da Convenção: se um advogado não pudesse conversar com o seu cliente sem qualquer limitação, e receber instruções confidenciais, a assistência poderia muito da sua utilidade, quando o fim da Convenção consiste na protecção dos direitos concretos e efectivos ⁽⁴⁷⁶⁾.

9.4. O artigo 6.º, n.º 3, alínea d), consagra o direito do *acusado* a interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação, o que implica, em princípio, o direito do acusado não só de assistir mas de ouvir e seguir os debates ⁽⁴⁷⁷⁾. Estas exigências constituem aspectos particulares do direito a um processo equitativo garantido pelo n.º 1 do referido artigo ⁽⁴⁷⁸⁾.

Note-se que o termo *testemunha*, figurando na referida alínea, deve ser compreendido de uma maneira autónoma, podendo ser mais amplo do que o sentido técnico que ao termo *testemunha* seja dado pela ordem interna, abarcando os declarantes e os peritos ⁽⁴⁷⁹⁾.

⁽⁴⁷⁴⁾ Que diz, nomeadamente, que o detido tem o direito de receber visitas do seu advogado e de lhe enviar e receber instruções confidenciais.

⁽⁴⁷⁵⁾ Consagra o direito dos detidos de se corresponderem livremente com o Tribunal, o que implica que, relacionado com a queixa, se correspondam com o seu advogado ou com ele conversem sem que possam ser escutados; quanto ao número de visitas e a sua duração, que dependerá das circunstâncias do caso e das particularidades do processo, ver o Acórdão Ocalan (Secção), de 12 de Março de 2003, §§ 153 e segs.

⁽⁴⁷⁶⁾ Acórdãos S/Saufa, de 28 de Novembro de 1991, A 220, pág. 15, § 48, Brennan, de 16 de Outubro de 2001, R01-X, pág. 262, § 58, e Ocalan (Secção), de 12 de Março de 2003, § 146.

⁽⁴⁷⁷⁾ Acórdão Stanford, A 282-A, págs. 10-11, § 26.

⁽⁴⁷⁸⁾ Acórdãos F. C. B., A 208-B, pág. 20, § 29, Trillita, de 12 de Outubro de 1992, A 245-C, pág. 41, § 25, e Ferrantelli e Santangelo, de 7 de Agosto de 1996, R96-II, pág. 950, § 51, e Decisão de 6 de Janeiro de 1993, Queixa n.º 20 341/92, Déc. Rap. 74, pág. 241.

⁽⁴⁷⁹⁾ Ver, entre outros, o Relatório de 11 de Outubro de 1984, no caso Unterperinger, A 110, pág. 18, § 70, e Decisões de 21 de Outubro de 1993, Queixa n.º 17 265/90, Déc. Rap. 75 pág. 76, e de 18 de Outubro de 1995, Queixa n.º 25 062/94, Déc. Rap. 83-A, pág. 77.