

Salvaguardas Jurídicas para Prevenir a Tortura

O Direito de Acesso a Advogados para as Pessoas Privadas de Liberdade

Março de 2010

Introdução

A tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (“maus-tratos”) em quase todos os casos ocorrem em segredo. O acesso a advogados, assim como a médicos, e o contato com amigos ou familiares cria um ambiente de detenção mais aberto que ajuda a prevenir a tortura e outros maus-tratos. As detenções incomunicáveis e secretas criam uma atmosfera de impunidade à violação dos direitos humanos e pode, inclusive, constituir em si próprias, um ato de tortura ou maus-tratos. O direito a ser protegido da tortura e outros maus-tratos é um direito fundamental ao qual não está permitida nenhuma derrogação.¹

Este documento está orientado a esboçar a atual situação legal em relação ao acesso a um advogado² imediatamente após a privação de liberdade como uma garantia contra a tortura e outros maus-tratos. A finalidade do direito de acesso dos detidos³ a um advogado não é só com o fim de preparar a defesa nos casos penais, mas também para proporcionar uma presença independente durante a detenção e o interrogatório (associados ou não com os processos penais). A presença de um advogado pode ajudar a garantir que sejam respeitados os direitos de segurança e dignidade das pessoas detidas e que as autoridades não excedam seus poderes legais. Se uma ação criminal for iniciada, o advogado poderá também avaliar a atuação policial, em conformidade com os requisitos de um processo justo (e intervir se for necessário).

¹ Ver Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (CIDCP), artigos 4 e 7, assim como a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigos 2 e 16.

² Para os propósitos deste documento, não se faz distinção entre assessores jurídicos, advogados e representantes legais.

³ Para os propósitos deste documento, o termo “detido” pode significar qualquer pessoa privada de liberdade pessoal, exceto que essa privação seja resultado de condenação por um crime.

Os artigos 2 e 16 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT) estabelecem que os Estados Partes devem adotar medidas eficazes para prevenir a tortura e outros tratos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes. A experiência dos organismos de monitoramento preventivo de grande reputação, como, por exemplo, o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura (CEPT) demonstra que a legislação de salvaguardas, tal como o direito de acesso imediato a um advogado, é um dos melhores recursos que existem para forçar os Estados a cumprirem com sua obrigação de adoção de medidas eficazes. Os órgãos de vigilância dos tratados das Nações Unidas, o Comitê de Direitos Humanos (CDH) e o Comitê Contra a Tortura (CCT) também já reconheceram de modo explícito a importância desta garantia na prevenção da tortura e de outras violações aos direitos humanos.⁴

Resumindo, um Estado tem a obrigação de estabelecer garantias às pessoas privadas de liberdade, por exemplo, o direito de acesso a um advogado, tal e como se descreve neste relatório – a fim de cumprir com os requisitos estipulados nos artigos 2 e 16 da CCT.

Este informe está dividido em várias seções, examinando diferentes aspectos do direito de acesso a um advogado. Em primeiro lugar, como esta salvaguarda protege realmente as pessoas privadas de liberdade? Em segundo lugar, o que queremos dizer com “acesso” – é suficiente a mera presença de um advogado em uma delegacia de polícia? Em terceiro lugar, o fator tempo - por que se deve garantir o acesso o antes possível? Em quarto lugar, podem ser estabelecidas restrições legítimas a este direito, como por exemplo, por questões de segurança? Em quinto e último lugar, quais países garantem atualmente o acesso a um advogado em sua legislação?

I. De que modo o acesso a um advogado garante o respeito aos direitos humanos?

A presença de um advogado tem diversos fins, entre os que se incluem:

- compensação do desequilíbrio de poderes entre as autoridades e os detidos (especialmente no referente ao conhecimento da legislação),
- dissuasão da tortura e de outros maus-tratos,
- capacidade para fazer frente às detenções arbitrárias ou indevidamente justificadas, e
- competência para oferecer um registro alternativo de entrevistas com a finalidade de garantir a integridade de quaisquer provas reunidas.

Falando sobre sua grande experiência, o Relator Especial das Nações Unidas sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes fez as seguintes recomendações relacionadas com a prevenção em seu informe perante a Comissão de Direitos Humanos, de 17 de dezembro de 2002:

⁴ Ver Comentário Geral Nº20 do Comitê de Direitos Humanos, de 10 de março de 1992, no §11 e Comentário Geral Nº2 do Comitê Contra a Tortura, de 24 de janeiro de 2008, no §13. A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, que ainda não está em vigor no momento da redação, também prevê esta salvaguarda no artigo 17(2)(d). Ver: <http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>

A tortura é praticada, com maior frequência, durante a detenção incomunicável. Deveria ser estabelecida a ilegalidade da incomunicabilidade e serem colocados em liberdade, sem dilação, os incomunicáveis. Deveriam ser mantidos arquivos minuciosos com informação [relevante] ... De acordo com os Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados, todas as pessoas detidas deveriam ser informadas sobre seu direito a serem assistidas por um advogado de sua escolha ou por um advogado de ofício que possa prestar assistência jurídica efetiva... Deveria ser submetido à sanção disciplinar o pessoal de segurança que não cumpra com estas disposições.⁵

O Comitê das Nações Unidas Contra a Tortura (CCT) publicou também numerosas Observações Finais relevantes, como por exemplo, as referentes ao 4º relatório periódico da China, no qual o Comitê “observa com preocupação a falta de salvaguardas jurídicas para os detidos, em particular ... o acesso restrito a advogados”.⁶ Do mesmo modo, em suas Observações Finais sobre o relatório inicial apresentado pela Indonésia, em 2001, o CCT ressaltou como principal preocupação “a falta de garantias adequadas para os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, incluídas a notificação aos familiares próximos ou a terceiros e o acesso a assistência médica e a um *advogado de sua escolha*...”.⁷ O CCT também tem criticado, entre outros, Países Baixos,⁸ Espanha,⁹ Azerbaijão,¹⁰ Geórgia,¹¹ Estônia,¹² Letônia,¹³ Moldávia,¹⁴ República Checa,¹⁵ Eslováquia,¹⁶ Turquia¹⁷ e Líbia¹⁸ por não haver concedido este direito às pessoas privadas de liberdade. Mais adiante, na seção V deste relatório, são oferecidos exemplos de boas práticas.

O Subcomitê das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) ofereceu uma explicação mais pormenorizada sobre as vantagens do direito de acesso a assistência jurídica:

Do ponto de vista preventivo, o acesso a um advogado, que é um conceito mais amplo que a simples prestação de assistência jurídica com a finalidade de se ocupar da defesa, é uma salvaguarda importante frente aos maus-tratos. A presença de um advogado durante o interrogatório policial pode não só dissuadir os membros da polícia de recorrer aos maus-tratos e outros abusos, mas também pode servir de proteção aos policiais se tiverem que enfrentar denúncias infundadas de maus-tratos.

⁵ E/CN.4/2003/68, no § 26(g), disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=3360. No resto do parágrafo, o Relator Especial continua discutindo sobre outras garantias (incluídos os exames médicos e o comparecimento imediato perante uma autoridade judicial).

⁶ Ver as Observações Finais sobre a China de 12 de dezembro de 2008, CAT/C/CHN/CO/4, §11.

⁷ CAT A/57/44 (2002) §44(e) (grifo nosso)

⁸ CAT C/NET/CO/4 (2007) §6

⁹ CAT A/58/44 (2003) §62

¹⁰ CAT A/58/44 (2003) §88(g)

¹¹ CAT A/56/44 (2001) §81(e)

¹² CAT A/58/44 (2003) §49(d)

¹³ CAT C/CR/31/3 (2003) §6(h) – No caso da Letônia, o Comitê observou que, embora o direito de acesso a um advogado estivesse contemplado na legislação, este direito não era garantido na prática.

¹⁴ CAT A/58/44 (2003) §138(b)

¹⁵ CAT C/CR/32/2 (2004) §§ 5(b) e 6(d)

¹⁶ CAT A/56/44 (2001) §104(g)

¹⁷ CAT A/46/46 (1991) §121(c)

¹⁸ A/54/44 of (1999) §4(a)

Além disso, o advogado é a pessoa chave no que se refere a prestar assistência à pessoa privada de liberdade no exercício de seus direitos, incluído o acesso aos mecanismos de denúncia¹⁹.

O artigo 14(3)(b) do Convênio Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (CIDCP), que trata do direito a um julgamento justo, estipula em um de seus trechos mais relevantes que o direito a se comunicar com um advogado de sua escolha deveria ser considerado uma garantia mínima no contexto dos procedimentos penais. De acordo com a jurisprudência desenvolvida nas últimas duas décadas²⁰, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) declarou que a presença de um advogado durante o interrogatório é imprescindível para a noção de um processo justo. Os depoimentos obtidos sem a presença de um advogado constituem, inevitavelmente, uma peça de convencimento pouco satisfatória. A presença (ou ausência) de um advogado pode ser também um fator decisivo nas outras etapas do processo penal. No caso de *Lebedev contra Rússia*,²¹ o Tribunal encontrou uma violação do artigo 5(3) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que contempla o direito de comparecer imediatamente perante o juiz com vistas a determinar a legalidade da detenção. Inclusive, mesmo que o artigo 5 não contemple explicitamente o direito à assistência jurídica, a violação descansava no fato de que a exclusão dos advogados do senhor Lebedev durante o interrogatório preliminar era injusta, segundo as circunstâncias concretas do caso.²² No caso de *Salduz contra Turquia*,²³ em 2008, o Tribunal decretou que o direito a um processo justo, de acordo com o artigo 6, não poderia ser considerado prático nem efetivo (como opostos a teórico ou ilusório)²⁴ sem o acesso a um advogado desde o primeiro interrogatório.

Os organismos regionais também têm chegado a conclusões similares. Por exemplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos observou no relatório sobre a situação de um grupo minoritário da Nicarágua, em 1983, que a presença de um advogado constituía uma salvaguarda fundamental para os direitos, como o de não se ver obrigado a se auto-incriminar ou a não ser torturado²⁵. Nas conclusões do

¹⁹ Relatório sobre a Visita do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes às Maldivas, (CAT/OP/MDV/1, 26 de fevereiro de 2009), no §62.

²⁰ Ver, por exemplo, *Murray v UK* (Application 41/1994) e *Öcalan v Turkey* (Application 46221/99). Esta linha de autoridade foi seguida em numerosos casos em 2009 – ver ainda a seção 4 abaixo.

²¹ Aplicação 4493/04

²² Como referido – ver especialmente o Tribunal Pleno de 25 de outubro de 2007, nos §§ 84-91.

²³ Aplicação 36391/02 de 8 Agosto de 2002 – ver especialmente § 55 do acórdão do Tribunal Pleno de 27 de novembro de 2008. *Salduz* foi seguido em *Adalmış & Kiliç v Turkey* (Aplicação 25301/04, Tribunal Pleno de 1 de dezembro de 2009).

²⁴ Esta formulação decorre de uma decisão anterior: *Imbrioscia v Suíça* (Pedido 13972/88, acórdão de 24 de novembro de 1993, ver § 38).

²⁵ Ver o Relatório sobre a situação dos direitos humanos de um grupo minoritário da população nicaragüense, os misquitos, OEA Ser.L/V/II.62, doc.10, inf. 3, 1983, em 100, tal e como se cita em Foley, *Combating Torture: A Manual for Judges & Prosecutors*, disponível em:

http://www.essex.ac.uk/combatingtorturehandbook/manual/2_content.htm, § 2.30

²⁶ Relatório Anual da Comissão Interamericana, 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev. 1, 1986, p.154, El Salvador, como citado anteriormente em Foley (acima), no § 2.30.

²⁷ Ver Nowak, *CCPR Commentary*, Engel 2005 (2nd Ed), pp 223-5.

²⁸ Como referido, à p 226

²⁹ CCPR A/55/40 (2000) § 472

³⁰ CCPR A/56/40 (2001) § 81(14)

³¹ CCPR A/57/40 vol. I (2002) § 82(13)

³² CCPR A/55/40 (2000) § 108

³³ CCPR A/54/40 (1999) § 83. Estas listas não pretendem ser exatas, servem apenas para mostrar a ampla incidência do problema, mesmo em lugares que cumprem (ou pode-se esperar que cumprissem) com o direito de acesso a advogado, consagrado na legislação ou em regulamentos de procedimento.

relatório de El Salvador de 1986, a Comissão também afirmou que o direito a um advogado é aplicável desde o primeiro momento em que a pessoa é interrogada.²⁶

Além disso, o acesso a um advogado constitui uma garantia fundamental contra as detenções ilegais e arbitrárias, que estão proibidas pelo artigo 9 do CIDCP. A privação de liberdade é contrária ao artigo 9, sempre e quando as autoridades judiciais não ajam em conformidade com as leis ou os procedimentos nacionais, ou quando a detenção resulte ser simplesmente excessiva, arbitrária ou desproporcional em relação ao suposto crime.²⁷ As detenções que são normalmente legais podem também se converter em detenções arbitrárias, se já não puderem ser justificadas legitimamente nas circunstâncias atuais.²⁸ As probabilidades de arbitrariedade aumentam quando o detido não goza de assessoria legal para avaliar a legalidade e/ou racionalidade de sua detenção. No contexto deste e de outros direitos civis e políticos, o Comitê de Direitos Humanos expressou a necessidade e importância do acesso a advogados nas Observações Finais sobre os seguintes países: Kuwait,²⁹ República Árabe Síria,³⁰ Vietnã,³¹ Marrocos³² e Bélgica.³³ Em poucas palavras, o acesso a um advogado contribui para assegurar a proteção que a legislação (nacional e internacional) oferece aos cidadãos dos Estados.

II. Quando este direito entra em jogo?

A partir do momento em que uma pessoa é privada da sua liberdade, sua autonomia fica restrita e subordinada à vontade das autoridades. O desequilíbrio de poderes resultante cria um risco real de violação dos direitos desse detido.³⁴ Isto é especialmente verdadeiro quando há suspeita de que a pessoa detida cometeu um crime e as autoridades se consideram em uma posição de superioridade moral. Contudo, segundo a legislação internacional, toda pessoa tem direito a ser protegida contra a tortura e outros maus-tratos.³⁵

O acesso a um advogado não é menos importante quando as autoridades pedem a uma pessoa que lhes acompanhe, mesmo que não esteja sendo detida e tenha a opção de se recusar, pois nessas circunstâncias ainda existe o risco de ser maltratada ou obrigada a se auto-incriminar ou de acusar a outras pessoas.

Por causa da impossibilidade de garantir que as autoridades judiciais (incluindo, por exemplo, a polícia, os agentes de inteligência e os guardas de segurança contratados pelo Estado) respeitem sempre esse direito, é preciso estabelecer as salvaguardas apropriadas – incluído o acesso à assistência jurídica.

Na prática, a implementação eficaz do direito de acesso a um advogado implica permitir a um detido poder se reunir com um representante legal de sua escolha o antes possível, após a sua detenção. O CDH estabelece, em seu Comentário Geral 32, que de acordo com o artigo 14 do CIDCP, o direito a se comunicar com um defensor “exige que seja concedido ao acusado rápido acesso ao advogado”.³⁶

³⁴ Ver Informe do Relator Especial da ONU sobre Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes à Comissão de Direitos Humanos, de 23 de dezembro de 2005 (E/CN.4/2006/6, disponível em: <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/CN.4/2006/6>).

³⁵ Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigo 2.

³⁶ Ver: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CCPR/C/GC/32&Lang=E> § 34

Os organismos regionais pertinentes também concordam sobre a necessidade de um acesso imediato a este direito. Por exemplo, o TEDH enfatizou em *Salduz contra Turquia*³⁷ que um processo justo pode ser identificado desde o momento do primeiro interrogatório, se não são respeitadas determinadas salvaguardas, como a de acesso a um advogado.

O Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Outros Tratos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CEPT) promulgou a seguinte norma em 1992:

O CEPT concede especial importância a três direitos que possuem as pessoas detidas pela polícia: o direito de poder notificar o fato de sua detenção a uma terceira pessoa de sua escolha (familiar, amigo, consulado), o direito a um advogado e o direito de solicitar uma avaliação médica... São, no parecer do CEPT, três garantias fundamentais contra os maus-tratos às pessoas detidas *que deveriam ser aplicadas desde o início da privação de liberdade, independentemente de como poderia ser descrita sob o sistema legal competente (detenção, prisão, etc.)*.³⁸

Em 1996, o CEPT expressou pormenorizadamente sua opinião sobre o tema em questão:

O CEPT deseja salientar que, de acordo com a sua experiência, no período imediatamente seguinte à privação de liberdade é quando o risco de intimidação e mau trato físico é maior. Consequentemente, a possibilidade de que as pessoas que se encontram sob custódia policial tenham acesso a um advogado durante esse período é uma garantia fundamental contra os maus-tratos. A existência dessa possibilidade terá um efeito dissuasivo para aqueles indivíduos que tenham a intenção de maltratar as pessoas detidas; além disso, um advogado está bem preparado para atuar da maneira adequada no caso de que ocorresse realmente uma situação de maus-tratos.³⁹

Finalmente, em 2002, o CEPT atualizou o estado desta salvaguarda na Europa:

... o direito de acesso a um advogado durante a custódia policial está amplamente reconhecido nos países visitados pelo CEPT; nos poucos países onde este direito ainda não existe, há projetos em andamento para introduzi-lo.⁴⁰

Em suas observações sobre o terceiro relatório periódico da Federação Russa, o CAT criticou a “...falta de adequado acesso das pessoas privadas de liberdade, *imediatamente depois de ter sido detidas*, a um advogado, um médico ou um membro da família...”.⁴¹ Em suas Observações Finais sobre o Cazaquistão, de 12 de dezembro de 2008, o Comitê recomendou especificamente:

³⁷ Ver acima N°23

³⁸ Documento das Normas do CEPT – extratos de seções “importantes” dos relatórios CEPT, disponíveis em: <http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards.pdf> [Rev 2009] - extrato da pág. 6 (grifo nosso).

³⁹ Como referido, na pág. 8

⁴⁰ Como referido, na pág. 10

⁴¹ Ver Observações Finais sobre a Rússia de 6 de junho de 2002, CAT/C/CR/28/4, § 6(c) (grifo nosso).

O Estado deveria aplicar imediatamente medidas efetivas para assegurar que nenhuma pessoa possa ser objeto de uma detenção ilegal *de fato* e que todos os detidos suspeitos desfrutem na prática de todas as salvaguardas jurídicas fundamentais durante a detenção. Entre elas, cabe mencionar em especial, *desde o momento da privação de liberdade o direito de acesso a um advogado...* e ser informado de seus direitos e de todas as acusações que lhe são imputadas e o direito de ser apresentado, rapidamente, perante um juiz.⁴²

A diretriz nº 20 das Diretrizes de Robben Island para a proibição e prevenção da tortura e outros maus-tratos na África, adotadas pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em 2002, também contempla especificamente o direito de acesso a um advogado “desde o primeiro momento em que [as pessoas] são privadas de liberdade”.⁴³

Em março de 2008, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou uma série de diretrizes denominadas Princípios e Melhores Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. O seguinte parágrafo foi extraído do Princípio V sobre o Devido Processo Legal:

Toda pessoa privada de liberdade terá direito à defesa e a receber assistência legal, nomeada por si mesma, por sua família ou fornecida pelo Estado; a se comunicar em forma confidencial com seu defensor, sem interferência nem censura, e sem dilações nem limites injustificados de tempo, desde o momento de sua captura ou detenção e necessariamente antes de seu primeiro depoimento perante a autoridade.⁴⁴

O princípio 7 dos Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados⁴⁵ sugere um limite preciso de tempo:

Os governos garantirão que todas as pessoas detidas, ou apreendidas, sob uma acusação penal ou não, tenham acesso a um advogado imediatamente, e, em qualquer caso, dentro das 48 horas seguintes à detenção ou à apreensão.

Esta salvaguarda é reforçada pelo princípio 15 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, anexado na resolução 43/173, adotada em 09 de dezembro de 1988 pela Assembleia Geral das Nações Unidas:

A despeito das exceções contidas no parágrafo 4 do princípio 16 e no parágrafo 3 do princípio 18, a pessoa presa ou detida não será mantida incomunicável do mundo exterior, especialmente de sua família ou de seu advogado, por mais de alguns dias.⁴⁶

⁴² CAT C/KAZ/CO/2 (2008) § 9 (grifo nosso)

⁴³ As Guias foram anexadas à Resolução da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos e Medidas para a Proibição e Prevenção da Tortura, Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes na África de 23 de outubro de 2002 – ver: http://www.achpr.org/english/resolutions/resolution66_en.html

⁴⁴ O texto dos Princípios está disponível na página web da Comissão em:

<http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic21.a.Principles and Best Practices PDL.htm> (grifo nosso).

⁴⁵ Ver: <http://www2.ohchr.org/english/law/lawyers.htm>

⁴⁶ Ver: <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>. As exceções mencionadas tem relação com as “exigências da investigação” e a manutenção da “segurança e da ordem”.

Desde 1990, quando essas Normas foram promulgadas, o consenso dos especialistas sobre esse intervalo de tempo tem evoluído. Hoje em dia, de modo geral se reconhece que 48 horas constitui, com frequência, um prazo muito dilatado. Por exemplo, o Relator Especial das Nações Unidas sobre a Tortura, recomendou em seu informe de 27 de fevereiro de 2003 perante a Comissão de Direitos Humanos que o limite de tempo deveria ser de 24 horas.⁴⁷

Na seção V, você poderá encontrar exemplos específicos de legislações nacionais nas quais o acesso a um advogado é garantido imediatamente após a detenção. Naqueles países onde as formulações são ambíguas (como no Canadá), os tribunais nacionais têm afirmado que “sem dilações” significa exatamente o momento em que a pessoa é detida – inclusive nos casos de detenções sem acusação formal.

III. O que significa “acesso” na prática?

É essencial que permitam ao detido ver a seu advogado antes de ser interrogado pelas autoridades. A reunião deve decorrer em reserva para assegurar o respeito à confidencialidade entre o advogado e seu cliente, fator fundamental em muitos sistemas jurídicos – especialmente nos casos penais.

Tal e como estabelece o CDH em sua Observação Geral 32, referente ao direito a um processo imparcial e à igualdade perante os tribunais e cortes de justiça:

O direito de se comunicar com o defensor requer que o acusado tenha garantido o imediato acesso a seu advogado. Os advogados devem poder se reunir com seus clientes reservadamente e se comunicar com eles em condições que garantam plenamente o caráter confidencial de suas comunicações. Além disso, os advogados devem poder assessorar e representar as pessoas acusadas de um crime de acordo com a ética profissional estabelecida, sem nenhuma restrição, influência, pressão ou ingerência de nenhuma parte.⁴⁸

Os Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a Função dos Advogados oferecem “salvaguardas especiais em assuntos penais”, entre os quais podemos ressaltar os princípios 5 e 8, que proporcionam mais detalhes sobre os requisitos relativos ao acesso:

Os governos zelarão para que todas as pessoas acusadas de terem cometido um crime, ou as apreendidas, ou as detidas sejam informadas imediatamente pela autoridade competente sobre o seu direito a serem assistidas por um advogado de sua escolha.

A toda pessoa apreendida, detida ou presa lhe serão disponibilizadas oportunidades, tempo e instalações adequadas para receber a visita de um advogado, comunicar-se com ele e consultá-lo, sem demora, interferência nem censura e de uma forma completamente confidencial. Durante estas consultas, o acusado poderá ser vigiado visualmente, porém a conversa não deverá ser escutada por nenhum policial ou funcionário responsável de fazer cumprir a lei.

⁴⁷ E/CN.4/2003/68, § 26(g), disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=3360

⁴⁸ Ver: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CCPR/C/GC/32&Lang=E> §34.

O advogado também deve estar presente durante o interrogatório, especialmente para evitar as confissões involuntárias. O Relator Especial das Nações Unidas sobre a Independência dos Juízes e Advogados afirmou em seu informe apresentado em 1998, após visitar os centros penitenciários do IRA, na Irlanda do Norte:

Na opinião do Relator Especial, a presença de um advogado durante os interrogatórios da polícia é desejável como uma salvaguarda para proteger os direitos do acusado. A ausência de um advogado dá origem a um possível risco de abuso, principalmente durante um estado de emergência, no qual se cometem crimes mais graves.⁴⁹

O Direito penal internacional reconhece a necessidade de examinar independentemente as questões relativas ao interrogatório. Por exemplo, o artigo 55(2)(d) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estipula que qualquer pessoa suspeita de ter cometido um crime da competência do Tribunal tem direito a ser interrogada na presença do seu advogado, a menos que renuncie voluntariamente a esse direito.⁵⁰ Existem garantias similares, embora menos específicas, nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda⁵¹ e da ex Iugoslávia.⁵² Para argumentação adicional sobre a relação existente entre o direito de acesso a um advogado e o direito a um processo justo, consulte a seção VI deste relatório.

O fato de que as autoridades simplesmente permitam o acesso a um advogado nos lugares de detenção não é suficiente. Se o detido não conhece nenhum advogado, ou não pode pagar um, o Estado deveria pagar-lhe um advogado de ofício independente. O ideal seria que o referido advogado fosse escolhido de uma lista de advogados voluntários subvencionados pelo grêmio local de advogados (ou equivalente). A este respeito, é pertinente o princípio 6 dos Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados:

Todas essas pessoas, quando não tiverem um advogado, terão direito, sempre que o interesse da justiça assim o requerer, a terem um advogado com a experiência e competência que demande o tipo de crime de que se trate, a fim de prestar-lhes assistência jurídica eficaz e gratuita, se carecem de recursos suficientes para pagar seus serviços.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos presos⁵³ também abordam este tema. Sendo assim, a regra 93 estabelece:

Para os propósitos de sua defesa, um preso preventivo estará autorizado a pedir a designação de um defensor de ofício quando esta assistência estiver disponível e também a receber visitas de seu advogado. Ainda

⁴⁹ E/CN.4/1998/39/Add.4, § 47, disponível em:

<http://www.unhcr.org/refworld/category,REFERENCE,,,GBR,3ae6b0ea8,0.html>

⁵⁰ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional A/CONF.183/9, disponível em: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>

⁵¹ Ver: <http://www.ictj.org/ENGLISH/basicdocs/statute.html> no artigo 20(4).

⁵² Ver: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf no artigo 21(4).

⁵³ Ver: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/treatmentprisoners.pdf>. As Regras foram adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e o Tratamento dos Infratores, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Social e Econômico em suas resoluções 663 C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Observe que, ao contrário do seu nome, estas regras aplicam não só aos presos, mas também a aqueles que estiverem em prisão preventiva e presos não-julgados (regra 95).

poderá preparar e dar a este instruções confidenciais. Para isso, ele receberá se assim o desejar, material para escrever. Durante as entrevistas com seu advogado, o acusado poderá ser vigiado visualmente, porém a conversa não deverá ser escutada por nenhum policial ou funcionário da instituição.

A Regra 95 estende a mesma proteção às pessoas apreendidas ou detidas sem acusações.

O Princípio 17 do Conjunto de Princípios das Nações Unidas para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão⁵⁴ (Conjunto de Princípios) estabelece que:

1. Uma pessoa detida terá direito à assistência de um advogado. A autoridade competente lhe informará prontamente após sua detenção sobre esse direito e lhe facilitará meios adequados para exercê-lo.
2. Se a pessoa detida não contar com a assistência de um advogado de sua escolha, terá direito a que um juiz ou outra autoridade lhe designe um advogado, em todos os casos onde o interesse da justiça assim o requeira, e sem custo para o detido no caso de carecer de recursos suficientes para pagá-lo.

Em conclusão, acesso significa, neste contexto, assistência particular com a finalidade de garantir a estrita observância do processo, bem como o respeito aos direitos do detido. As autoridades estão obrigadas a facilitar essa assistência, recorrendo a todos os meios que forem necessários para converter esta prática em um exercício significativo.

IV. Este é um direito absoluto ou relativo?

Esta seção tenta analisar se existem ou não limitações justificadas ao direito de acesso a advogados. Por exemplo, é possível estabelecer limitações por questões de segurança nacional? Existe alguma diferença se o detido vai ser interrogado ou se simplesmente lhe serão formuladas algumas perguntas de modo informal?

Muitos regimes jurídicos nacionais adotam medidas frente às detenções incomunicáveis, por exemplo, quando as investigações em andamento ou a segurança pública possam ser ameaçadas. Entretanto, esses regimes aumentam o risco de maus-tratos e outras violações dos direitos humanos, razão pela qual devem ser evitados a qualquer preço, ou, pelo menos, devem estar estritamente circunscritos.

Uma das primeiras declarações internacionais relativa à salvaguarda de representação legal está contida no Conjunto de Princípios. É o Princípio 18 que determina (no parágrafo 3):

3. O direito da pessoa detida ou presa de ser visitada pelo advogado e de se comunicar com ele, sem dilação nem censura, e em caráter de absoluta

⁵⁴ Ver: <http://www2.ohchr.org/english/law/bodyprinciples.htm>

confidencialidade, não poderá ser suspenso nem restrito, exceto em circunstâncias excepcionais que serão fixadas pela lei ou pelos regulamentos legais, quando um juiz ou outra autoridade considerar indispensável para manter a segurança e a ordem.

Porém, essa disposição está limitada pelo princípio 15, conforme se põe de manifesto na seção II deste documento.

O Conjunto de Princípios foi reafirmado em dezembro de 2009 nos parágrafos 19-20 da resolução 64/153 da Assembleia Geral.⁵⁵ Nesta resolução, a Assembleia:

Recorda sua resolução 43/173 de 9 de dezembro de 1988, relativa ao Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão e, nesse contexto, destaca que o fato de garantir que toda pessoa detida ou apreendida seja levada sem demora perante um juiz ou outro funcionário judicial independente, bem como o de permitir uma atenção médica oportuna e periódica, a provisão de assistência legal e as visitas de familiares e mecanismos independentes de vigilância, são medidas eficazes para prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes;[e]

Recorda a todos os Estados que a detenção prolongada em regime de incomunicabilidade ou em locais secretos pode facilitar a comissão de atos de tortura e a aplicação de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e pode constituir em si mesma uma forma de tais tratamentos; e exorta a todos os Estados a respeitarem as salvaguardas relativas à liberdade, segurança e dignidade da pessoa e assegurar-se que sejam eliminados os locais secretos de detenção e interrogatório;

Esta resolução, que foi aprovada por consenso, demonstra que a comunidade internacional concluiu que as detenções incomunicáveis prolongadas e que os locais secretos não devem ser utilizados, mesmo em circunstâncias excepcionais.⁵⁶

O TEDH afirmou, no caso *Öcalan contra Turquia*,⁵⁷ que as pessoas deveriam gozar do direito de acesso à assistência legal como meio para contestar sua detenção, e que o artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos – que contém salvaguardas para garantir um processo justo – “normalmente requererá que o acusado possa se beneficiar da assistência de um advogado desde a etapa inicial do interrogatório policial”.⁵⁸ “No entanto,” o TEDH prosseguiu para afirmar que, “é possível que este direito, o qual não está explicitamente estabelecido na Convenção, fique sujeito, por causas justificadas, a certas restrições. A questão, em cada caso, é saber se essas restrições, do ponto de vista do processo em sua totalidade, privam o acusado de ter uma audiência justa”.⁵⁹

⁵⁵ Ver: <http://www.un.org/ga/64/resolutions.shtml>

⁵⁶ A Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (ainda não vigente, mas também adotada por consenso pela AGNU em 20/12/2006) também proíbe a detenção secreta no artigo 17(1).

⁵⁷ Aplicação 46221/99. Ver também *Murray v UK* (Aplicação 41/1994).

⁵⁸ *Öcalan v Turkey*, como referido, acórdão da Primeira Câmara (Tribunal) do TEDH, 12 de março de 2003, no § 140. Este trecho foi aprovado pelo Tribunal Supremo, em grau de recurso, no § 131 do acórdão do Tribunal Supremo de 12 de maio de 2005.

⁵⁹ Como referido.

O TEDH reafirmou e explicou sua posição em *Öcalan* no caso *Salduz contra Turquia*, em 2008.⁶⁰ O Tribunal expressou que o direito a um processo justo requer o acesso a um advogado desde o primeiro interrogatório, e acrescentou que inclusive quando existam razões imperiosas para restringir dito acesso, “os direitos da defesa se verão, em um princípio, irremediavelmente prejudicados no momento em que os depoimentos incriminatórios dados em ausência de um advogado, durante o interrogatório policial, sejam usados como prova”. Isto significa que inclusive a renúncia ao direito de receber assessoria legal ou outras exceções legítimas não dispensam as autoridades de sua obrigação de facilitar o acesso a um advogado, se o fato de conceder enorme credibilidade às provas orais resultara injusto à luz de todas as circunstâncias.⁶¹

Em relação às circunstâncias excepcionais nas quais é possível limitar o acesso à assistência jurídica, cabe destacar a afirmação do Comitê de Direitos Humanos:

É inerente à proteção dos direitos expressamente reconhecidos como não susceptíveis de derrogação no parágrafo 2 do artigo 4, que deverão ser garantidos mediante garantias processuais, geralmente de caráter judicial. As disposições do Convênio que se refiram às garantias processuais nunca poderão ser objeto de medidas que, de algum modo, enfraqueçam a proteção dos direitos irrevogáveis; a invocação ou utilização do artigo 4 nunca poderá ser realizada de maneira a produzir a derrogação de algum dos direitos cuja suspensão não está autorizada...⁶²

Seguindo este raciocínio, as salvaguardas como o direito de acesso a um advogado não devem nunca ser objeto de restrições que possam originar, como resultado, o descumprimento do artigo 7 do CIDCP (que não é derogável).

O Relator Especial sobre Tortura também trata o tema das restrições por questões de segurança, ao mesmo tempo em que oferece uma solução para abordar, pelo menos, uma das preocupações mais recorrentes dos Estados:

Em circunstâncias excepcionais, sob as quais se diga que o contato imediato com o advogado do detido poderia suscitar genuínos problemas de segurança e quando a restrição desse contato esteja aprovada judicialmente, deveria ser permitida pelo menos a visita de um advogado independente, recomendado por um instituto de advogados, por exemplo...⁶³

O elemento comum aqui é o acesso a um advogado, já que constitui um meio essencial para garantir o cumprimento das demais obrigações de direitos humanos que tem os Estados em relação aos detidos, incluindo a obrigação de conceder-lhes um processo justo e proteção contra toda forma de maus-tratos. Quando se nega ou se adia indevidamente o acesso a um advogado, o risco de inobservância destas obrigações cresce consideravelmente.

⁶⁰ Ver acima n 23

⁶¹ Ver também *Pishchalnikov v Russia* (Aplicação 7025/04, acórdão do Tribunal de 24 de setembro de 2009, especialmente §§ 72-91), *Oleg Kolesnik v Ukraine* (Aplicação 17551/02, acórdão do Tribunal de 19 de novembro de 2009 § 35), e *Savaş v Turkey* (Aplicação 9672/03 de 13 de março de 2006; acórdão do Tribunal de 8 de dezembro de 2009, especialmente §§ 53-70).

⁶² Ver Comentário Geral 29 do Comitê de Direitos Humanos, § 15. O restante do parágrafo fornece um exemplo ilustrativo relacionado com o direito à vida (artigo 6).

⁶³ Relatório 2003 da Comissão de Direitos Humanos – ver acima n 5.

V. Quais legislações nacionais consagram atualmente este direito?

Europa

O direito de acesso a um advogado está especialmente arraigado na Europa. As Regras Penitenciárias Europeias estipulam que “os presos preventivos serão informados de forma explícita sobre seu direito a solicitar assistência jurídica”.⁶⁴

Um exemplo importante do reconhecimento deste direito na Europa é o artigo 63(4) do *Código de Processo Penal* francês, que estabelece que, desde o início da detenção preventiva, a pessoa pode solicitar falar com um advogado.⁶⁵ Esta disposição, interpretada de acordo com a jurisprudência do TEDH (em particular o caso *Salduz*), foi posta em prática em julho e novembro de 2009, quando os juízes de garantia do Tribunal de *Grande Instance de Bobigny* (Paris-St-Denis) se negaram a autorizar as detenções preventivas (*garde à vue*) de pessoas suspeitas de haver cometido crimes graves que não haviam visto a um advogado.⁶⁶ No momento em que foi redigido este relatório, esta era uma questão emergente de controvérsia constitucional na França.⁶⁷

Segundo a seção 10 do capítulo 23 do Código de Processo Judicial sueco, toda pessoa detida terá direito a estar acompanhada por um advogado no momento de apresentar depoimentos perante a polícia, inclusive durante a investigação preliminar, desde que não seja em detrimento do inquérito.⁶⁸ O SPT elogiou esta disposição depois de sua missão na Suécia, em 2008:

O Subcomitê congratula-se com esta nova disposição, já que permite a presença de um advogado desde o próprio momento da privação de liberdade e no caso de todas as pessoas obrigadas a permanecerem com a polícia. Também reflete o fato de que aqueles que prestam depoimento à polícia não são necessariamente suspeitos, mas podem sê-lo depois. O Subcomitê recomenda que as autoridades suecas adotem as medidas necessárias para que esta nova disposição seja aplicada efetivamente e para que as pessoas obrigadas a permanecerem com a polícia sejam informadas sistematicamente sobre esse direito.⁶⁹

⁶⁴ Ver Recomendação Rec(2006)2 do Comitê de Ministros, disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747>.

⁶⁵ Tradução livre – o original diz: *Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat.*

⁶⁶ As decisões do Tribunal não são publicadas, mas uma cópia da decisão de 30 de novembro de 2009 está disponível na página web LeMonde.fr: <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2009/12/decision-jld-bobigny-cedh.1259856473.pdf>. Veja também <http://www.abolir-gardeavue.fr> – o website de uma campanha dos advogados parisienses para reformar o sistema francês do “*garde à vue*” e incluir o acesso oportuno a advogados. Observe que esse desenvolvimento legal não esteve livre de controvérsia – *Le Syndicat des Commissaires de la Police Nationale* (www.le-scpn.fr) emitiu um comunicado à imprensa em 3 de dezembro de 2009 deplorando a priorização da legislação Europeia de Direitos Humanos sobre a legislação nacional francesa.

⁶⁷ Ver, por exemplo: <http://info.france2.fr/france/la-garde-a-vue-conforme-a-la-constitution--61451481.html>

⁶⁸ Uma tradução (oficial) ao inglês do Código está disponível em:

<http://www.regeringen.se/content/1/c4/15/40/472970fc.pdf>

⁶⁹ Ver *Report on the Visit of the UNSPT to Sweden*, (CAT/OP/SWE/1, 10 de setembro de 2008), no § 56.

O parágrafo 2 do artigo 53 do Código Penitenciário grego garante o acesso à assistência jurídica para as pessoas detidas em prisões.⁷⁰ O artigo 96 do Código de Processo Penal também garante o direito de comunicação entre os acusados de delitos penais e seus respectivos advogados.⁷¹ Em 2003, o Diretor da Polícia grega decretou um Protocolo (diretivo) que estabelecia que todos os membros da polícia grega deveriam cumprir também com o artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e permitir, desse modo, o livre acesso a um advogado a todos os detidos (tanto penais como administrativos).⁷²

No Reino Unido existem códigos de práticas emitidos em virtude da *Lei da Polícia e provas em matéria penal de 1984* (Lei PACE),⁷³ entre os quais se inclui o Código C que “estabelece os requisitos relativos à detenção, o tratamento e o interrogatório dos suspeitos não implicados com terrorismo e mantidos em prisão preventiva pelos agentes policiais”.⁷⁴ O Código estipula que o “direito a falar reservadamente com um advogado e a receber assessoramento jurídico independente e gratuito...” deve ser disponibilizado “em qualquer momento durante a detenção preventiva”.⁷⁵ A Nota 1A do Código especifica que as pessoas que comparecem a uma delegacia de polícia de forma voluntária (por exemplo, as testemunhas) também têm direito a solicitar assistência jurídica.⁷⁶ No entanto, de acordo com a seção 67(10) da Lei PACE,⁷⁷ nenhuma responsabilidade – civil ou penal – derivará da inobservância dos códigos.

Os artigos 255(1) e 256 do Código de Processo Penal albanês estipulam:

Os oficiais e agentes da polícia judicial que tenham efetuado uma detenção informarão imediatamente ao promotor do lugar em que a detenção tenha ocorrido. Explicarão à pessoa detida que não está obrigada a depor e que tem direito a escolher um advogado e o advogado escolhido ou designado de ofício será imediatamente informado pelo promotor.

O promotor interroga o detido na presença do advogado escolhido ou designado. Deve notificar ao detido os fatos que lhe são imputados e os motivos do interrogatório, bem como os detalhes relativos a sua acusação e, desde que a investigação não se veja comprometida, até mesmo as fontes de informação.⁷⁸

O Código de Processo Penal da Federação Russa contempla a seguinte garantia:

“O suspeito terá direito... a valer-se do assessoramento de um advogado para a defesa, a partir do momento estipulado nos Itens 2 e 3 da terceira

⁷⁰ De não haver uma tradução disponível do Código, veja comunicado do Diretor da Polícia Fotios Nasiakos de 4/7/03 sobre o tratamento e os direitos das pessoas detidas pela Polícia grega, disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/426fa1f14.pdf>, § 3(f).

⁷¹ Como referido no § 3(e).

⁷² Como referido.

⁷³ Disponível em: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1984/pdf/ukpga_19840060_en.pdf

⁷⁴ <http://police.homeoffice.gov.uk/operational-policing/powers-pace-codes/pace-code-intro/>

⁷⁵ Como referido, p9.

⁷⁶ Como referido, p5.

⁷⁷ Ver acima, n 73.

⁷⁸ Ver:

<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1654/file/3e7ef0be7ad60ee6e16cbd8b63db.htm/preview> w (tradução ao inglês)

parte do Artigo 49 deste Código, assim como a uma visita reservada e confidencial com o advogado antes de seu primeiro interrogatório...”⁷⁹

Muitos outros códigos penais e constituições da Europa contemplam garantias similares.⁸⁰

As Américas

As emendas 6^a e 14^a da Constituição dos Estados Unidos⁸¹ foram promulgadas com a finalidade de garantir o direito de acesso a um advogado no momento ou logo depois de que tenha sido iniciado um processo judicial contra uma pessoa. O Tribunal Supremo as tem interpretado de forma a incluir a detenção em razão de um mandado e interrogatório.⁸²

O Canadá outorga o direito, “sem atraso indevido”, à assistência de um advogado na sua Carta de Direitos e Liberdades.⁸³ O Tribunal Supremo do Canadá avaliou se este direito possui um significado diferente no contexto da detenção sem acusações no caso – *Suberu contra A Rainha*⁸⁴ de 2009 e concluiu que dito direito é aplicável de maneira imediata no momento em que a pessoa é detida e está sujeito a restrições unicamente relacionadas com a segurança pessoal ou prescritas por lei e coerentes com o propósito da Carta.⁸⁵

A Constituição do México de 1917, texto com emendas, estipula que a pessoa terá direito a uma defesa adequada mediante advogado, ao qual escolherá livremente desde o momento de sua detenção.⁸⁶ O efetivo direito de acesso é outorgado mais tarde no mesmo parágrafo “em todos os atos do processo”.⁸⁷ Igual que nos Estados Unidos, este direito suscita alguma polêmica, já que não fica claro se acesso significa desde o momento da detenção ou em um momento posterior a esta.⁸⁸

⁷⁹ Disponível em:

<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1698/file/3a4a5e98a67c25d4fe5eb5170513.htm/preview> - ver também os artigos 49(3)(3) e 92(4)

⁸⁰ Traduções livres destas leis estão disponíveis em: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. Os outros Códigos contêm proteções pertinentes: Código de Processo Penal da República do Azerbaijão (artigo 85.2.3); Código de Processo Penal da República Sérvia (artigos 47(1) e 201(5)); Código de Processo Penal da Bulgária (artigo 97); Código de Processo Penal da Estônia (artigo 45); Código de Processo Penal da antiga República Iugoslava da Macedônia (artigo 3); Código de Processo Penal da República de Moldava (artigo 17); Código de Processo Penal de Montenegro (artigos 5 e 13); Código de Processo Penal da Noruega (artigos 96-8 e 107); Código de Processo Penal Federal da Suíça (artigo 35 – NB Este concede direito de acesso a um advogado só a partir da primeira audiência de detenção, a qual deve ocorrer dentro das 24 horas após a detenção inicial); Código de Processo Penal do Uzbequistão (artigo 49, recebeu emenda em 1999). O propósito desta lista não é ser completa – apenas inclui os códigos para os quais o autor pôde encontrar traduções apropriadas.

⁸¹ Isto é, as garantias de assistência legal para defender de uma acusação penal e o devido processo sobre privação de liberdade – ver <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>.

⁸² Ver *Brewer v Williams* 430 US 387 (1977), extraoficial disponível em:

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0430_0387_ZO.html, em pp 398-9.

⁸³ Na seção 10(b) – ver: <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/> sob (“Legal Rights”).

⁸⁴ 2009 SCC 33, texto completo extraoficial disponível em:

<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2009/2009scc33/2009scc33.html> (sumário oficial disponível também em:

<http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/cms-sgd/sum-som-eng.aspx?cas=31912>).

⁸⁵ Como referido – ver especialmente o § 2 do acórdão majoritário

⁸⁶ Tradução livre – o original diz: *Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención* - artigo 20(B), § VIII – ver:

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

⁸⁷ Tradução livre – no original: “...en todos los actos del proceso”.

⁸⁸ Ver Relatório Especial titulado *Presumed Guilty: Criminal Justice and Human Rights in Mexico* – 24 Fordham Intl LJ (2000-01) 801 a 843.

Oceania

A Lei sobre a Declaração de Direitos de Nova Zelândia de 1990 estabelece que:

[t]oda pessoa detida por qualquer decreto...
[d]eve ter direito a consultar ou instruir sem demora a um advogado e a ser informada sobre este direito...⁸⁹

Da mesma forma, o artigo 65(c)(ii) da Constituição das Ilhas Cook estabelece que:

Não se deve interpretar nem aplicar nenhuma lei de modo que prive a qualquer pessoa detida do direito, sempre que seja possível, de designar e instituir um advogado ou assessor legal sem demora.⁹⁰

África

Em Madagascar, o artigo 4 da Lei contra a Tortura de 2008⁹¹ contempla a aplicação de diversas garantias fundamentais “desde o exato momento da privação de liberdade de uma pessoa”,⁹² incluído o direito “a um advogado ou à assistência de uma pessoa de escolha [do detido]”.

O artigo 35(2)(b) da Constituição da África do Sul estabelece que “Todo indivíduo detido, incluindo todo prisioneiro condenado, tem o direito... a escolher e consultar um advogado e a ser informado acerca deste direito de maneira imediata”.⁹³

De caráter similar, o artigo 14(2) da Constituição da República de Gana estabelece que: “Uma pessoa que foi detida, presa ou retida, deve ser informada imediatamente, em uma linguagem que seja capaz de entender, dos motivos de sua privação de liberdade e do direito de consultar a um advogado de sua escolha.”

Outros

Há um grande número de exemplos de legislações nacionais que contemplam e oferecem as mesmas garantias, embora uma citação exata das mesmas iria muito além dos propósitos deste relatório. Porém, os exemplos mencionados anteriormente demonstram plenamente o amplo reconhecimento do direito de acesso a um advogado nas situações de privação de liberdade – inclusive se determinados países decidem qualificá-lo de outro modo.

Abordagem Recomendada

Um dos principais problemas da maioria das legislações nacionais citadas anteriormente é que vinculam o direito de acesso a um advogado com os processos penais, restringindo assim o gozo deste direito aos apenas suspeitos. Contudo, para

⁸⁹ Na seção s23(1)(b) – ver: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>

⁹⁰ O texto da Constituição está disponível em: http://www.paclii.org/ck/legis/num_act/cotci327. O fato de não informar ao detido sobre esse direito antes de realizar o interrogatório foi julgado inadmissível em *Polícia v Ngametua Tutakiau* [2001] Islands Cook Crime.

⁹¹ Antigamente *Loi #2008-008 of 25 June 2008 contre la torture et autres peines out traitements cruels, inhumains ou dégradants* – disponível em: <http://www.apr.ch/tld/Madagascar.pdf>.

⁹² No original: “...dès l’instant où intervient la privation de liberté d’une personne...”.

⁹³ <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>

criar uma garantia íntegra e eficaz contra a tortura, os maus-tratos e outras violações aos direitos humanos, deveria ser proporcionado o acesso à assessoria jurídica a toda pessoa realmente privada de liberdade, inclusive aquela submetida a qualquer forma de detenção administrativa,⁹⁴ as testemunhas e outras “pessoas de interesse” para as autoridades. Por isso, a abordagem ideal seria incluir esta garantia em uma Declaração de Direitos universalmente aplicável.

VI. Direitos relacionados

Independentemente do artigo 7 do CIDCP e dos artigos 2 e 16 da CCT (e outras proibições solidamente estabelecidas sobre a tortura e os maus-tratos⁹⁵), a garantia de acesso a um advogado está relacionada com as proibições estabelecidas pela legislação internacional em matéria de prisão ou detenção arbitrária, contidas no artigo 9(1) do CIDCP.⁹⁶ Neste sentido, os artigos 9(3) e 9(4) também são pertinentes. O direito a ser levado “sem demora” perante um juiz para uma audiência prévia⁹⁷ e o direito de contestar a legalidade da detenção de uma pessoa (*habeas corpus*), constituem outras salvaguardas fundamentais contra a tortura e outros maus-tratos. Em sua resolução 34/178, a Assembleia das Nações Unidas:

Considera que o uso desses recursos pode também privar aqueles que tem poder sobre os detidos da oportunidade de recorrer à tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes...⁹⁸

Mesmo estando muito bem estabelecidos no direito internacional, o respeito por esses direitos está ainda muito longe de ser universal e a situação não melhorará a menos que os detidos tenham acesso à representação legal competente.

Além disso, segundo foi mencionado anteriormente, existe certo grau de confluência entre este direito e o direito a uma adequada representação legal nos processos penais.⁹⁹ Embora esse documento tenha o foco sobre o direito de acesso a um

⁹⁴ Amparo para esta proposição pode ser achado no Conjunto de Princípios, ver acima, n 54. A definição de “detido” não está restrita a casos penais e na Resolução 1993/36 sobre a questão da detenção arbitrária, a anterior Comissão das Nações Unidas de Direitos Humanos estabeleceu especificamente que o Conjunto de Princípios abrange a detenção administrativa [ver:

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/fe59d64a20ec7117c1256a8400459c75?OpendocumentatPP6>]]. As Regras Mínimas (ver acima, n 53) também amplia às pessoas detidas ou presas sem acusação (ver regra 95), e as Normas do CPT fazem referência ao acesso a um advogado para imigrantes irregulares detidos administrativamente [Rev 2009, p50 – ver n 38].

⁹⁵ Ver, por exemplo, o artigo 3 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>), artigo 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>), ou o artigo 5 da Carta Africana (ou Carta de Banjul) sobre Direitos Humanos e dos Povos (disponível em: <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Banjul%20Charter.pdf>).

⁹⁶ Ver, por exemplo, o artigo 9 da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; artigo 5 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou o artigo 6 da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos.

⁹⁷ No Comentário Geral Nº8, o CDH afirma: “O parágrafo 3 do artigo 9 estabelece que nos casos penais qualquer pessoa detida ou presa tem que ser levada “imediatamente” perante um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais. Limites de tempo mais precisos são fixados em lei na maioria dos Estados Partes e, na opinião deste Comitê, as dilações não devem exceder alguns dias”.

⁹⁸ Ver: <http://www.un.org/documents/ga/res/34/a34res178.pdf> § 2. “Esses recursos” é uma referência a *amparo*, *habeas corpus* ou demais recursos legais para o mesmo efeito (ver § 1).

⁹⁹ Ver, por exemplo, o artigo 14 do Convênio Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; artigo 6 Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou o artigo 7 da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos.

advogado como potencial salvaguarda contra os maus-tratos ao invés de garantia para um processo justo, é evidente que a deformação das provas obtidas durante o interrogatório sem a presença de um advogado pode resultar, eventualmente, em uma sentença condenatória injusta.¹⁰⁰

Conclusão

O direito de acesso a um advogado, respaldado pela cooperação das autoridades judiciais, é vital para a implementação adequada, por parte dos Estados, dos artigos 2 e 16 da CCT (o dever de prevenir), assim como para reduzir os riscos de outras violações aos direitos humanos. Nos países onde o poder judiciário restringiu o controle que o poder executivo exercia sobre as detenções, o papel dos advogados independentes é ainda mais relevante.

Por conseguinte, recomenda-se energicamente a qualquer governo que não tenha ainda incluído este direito em sua legislação nacional, que o faça o antes possível, levando em consideração os seguintes elementos essenciais da garantia:

- deveria ser aplicada desde o início da privação de liberdade ou, em qualquer caso, antes que se realize qualquer tipo de interrogatório;
- deveria ser aplicada a qualquer pessoa detida contra sua vontade, e não só às pessoas suspeitas de terem cometido um crime;
- o acesso a um advogado para o detido deve ser de carácter irrestrito e privado, e
- devem promulgar-se disposições na legislação pertinente que regulem:
 - a punição das autoridades que se neguem a conceder o acesso a advogados e,
 - a inadmissibilidade de qualquer prova obtida sem o respeito a esta garantia.

A promulgação de disposições que regulem, na medida do possível, a presença real de um advogado durante o interrogatório, contribui a aumentar a proteção e a diminuir o risco de violações.

Além disso, deveriam ser revisadas as legislações nacionais que não contemplem alguns dos elementos chave do direito de acesso a advogados.



Associação para a Prevenção da Tortura - APT
Route de Ferney 10 P.O. Box 137
CH - 1211 Geneva 19
Tel: (+41 22) 919 2170 Fax: (+41 22) 919 2180
e-mail: apt@apt.ch Internet: www.apt.ch

¹⁰⁰ Ver, por exemplo, *Salduz v Turkey*, acima N°23 – especialmente o § 55 do acórdão do Tribunal de 27 de novembro de 2008.