

.....Capítulo 7

O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO: PARTE II – DO JULGAMENTO À SENTENÇA FINAL.....

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes do curso com algumas das regras legais internacionais relativas aos direitos das pessoas processadas por crimes durante o julgamento, e a aplicação destas regras pelos órgãos de monitoramento internacional;*
- *Sensibilizar os participantes da importância da aplicação destas regras legais a fim de proteger uma ampla gama de direitos humanos em uma sociedade baseada em leis;*
- *Criar consciência entre os juízes, promotores e advogados participantes de seu papel primordial na aplicação da lei, incluindo o direito a um julgamento justo em todas as situações, inclusive em situações de crise.*

Perguntas

- *Você já está familiarizado com as regras internacionais relativas ao julgamento justo?*
- *Estas regras já fazem parte do sistema legal no qual você trabalha?*
- *Em caso afirmativo, qual o seu status jurídico e você já teve alguma oportunidade de aplicá-las?*
- *Em vista da sua experiência, você tem alguma preocupação particular – ou experimentou algum problema específico – ao assegurar os direitos humanos de uma pessoa nos estágios pré-julgamento e durante o julgamento?*
- *Em caso afirmativo, quais foram estas preocupações ou problemas e como elas foram tratadas, considerando o aparato legal com que você trabalha?*
- *Quais questões você gostaria de endereçar especificamente aos facilitadores/treinadores durante este curso?*
- *Você teria algum conselho a dar aos juízes, promotores e advogados exercendo suas responsabilidades profissionais em situações difíceis, a fim de ajudá-los a garantir a aplicação segura das regras do julgamento justo?*

Instrumentos Legais Relevantes

Instrumentos Universais

- Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, 1966
- Estatuto do Tribunal Penal Internacional, 1998

- Diretrizes para a Atuação dos Promotores, 1990
- Princípios Básicos para a Atuação dos Advogados, 1990

Instrumentos Regionais

- Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas, 1981
- Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, 1969
- Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, 1950

1. Introdução

Este capítulo, continuação lógica do Capítulo 6º, o qual tratou de alguns dos direitos humanos fundamentais que devem ser garantidos nas investigações criminais, será dedicado às regras legais internacionais que se aplicam aos julgamentos. Também serão abordadas outras questões relacionadas relevantes, tais como os limites à punição, o direito à apelação, o direito à indenização em caso de má condução da justiça, e a questão do julgamento justo e os tribunais especiais. Uma breve referência será feita ao direito ao julgamento justo em emergências públicas, assunto que será tratado com profundidade no capítulo 16.

O que é importante ter em mente ao longo deste capítulo, entretanto, são as duas regras fundamentais tratadas no Capítulo 6º, nomeadamente, o *direito à igualdade perante a lei e o direito à presunção de inocência*, que é condição para os procedimentos de julgamento desde seu início até a sentença final.

Finalmente, algumas questões consideradas no Capítulo 6º serão novamente abordadas no presente capítulo, devido ao fato de que os estágios de pré-julgamento e julgamento estão intrinsecamente ligados. Entretanto, as referências foram mantidas no mínimo necessário.

2. As Previsões Legais

A maioria das previsões legais sobre um julgamento justo são encontradas no artigo 14 da Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 7º da Carta Africana dos Direitos Humanos das Pessoas, artigo 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos Humanos. As previsões relevantes destes artigos serão tratadas abaixo nos títulos apropriados. Regras adicionais referidas abaixo são, entre outras, Diretrizes para a Atuação de Promotores, Princípios Básicos para a Atuação dos Advogados e os Estatutos do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e antiga Iugoslávia.

3. Direitos Humanos Durante o Julgamento

3.1 O direito de ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial, criado por lei

O direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial deve ser aplicado sempre e constitui direito contido no artigo 14(1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a qual determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um *tribunal competente, independente e imparcial*, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil” (grifo nosso). Embora o artigo 7(1) da carta Africana dos Direitos Humanos das Pessoas fale somente em corte ou tribunal “competente” (art. 7(1)(b)) ou “imparcial” (art. 7(1)(d)), o artigo 26 da Carta impõe um dever legal aos Estados-parte de “também garantir a independência dos tribunais”. O artigo 8(1) da Convenção Americana refere-se a um “tribunal competente, independente e imparcial, previamente estabelecido por lei”, e o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos a “um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei”. Finalmente, o artigo 40 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional determina que “os juízes devem ser independentes no desempenho de suas funções” e que “não poderão realizar nenhuma atividade que possa interferir em suas funções judiciais ou afetar a confiança em sua independência”. Entretanto, considerando que a independência e a imparcialidade dos tribunais é tratada a fundo no capítulo 4º, não faremos mais exames aqui.

3.2 O direito a uma audiência justa

A noção de audiência “justa” está contida tanto no artigo 14(1) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto no artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, enquanto o artigo 8(1) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos fala em “devida garantia” (grifo nosso). A Carta Africana dos Direitos Humanos das Pessoas não traz qualquer disposição a este respeito, mas vale ressaltar que, de acordo com o artigo 60 da Carta, a Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas “inspirar-se-á” em outros instrumentos internacionais para a proteção dos direitos humanos das pessoas, previsão que permite à Comissão inspirar-se, entre outras, nas determinações do artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quando interpretamos as garantias de julgamento determinadas no artigo 7º da Carta. Os artigos 20(2) e 21(2) dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia, respectivamente, determinam que o acusado terá direito a uma audiência justa e pública na determinação das acusações contra ele, ainda que as determinações relativas à proteção das vítimas e testemunhas possam requerer medidas que “incluam, mas sem

limitação, à condução de procedimentos com câmeras e proteção da identidade da vítima” (arts. 21 e 22 dos respectivos Estatutos). Os direitos do acusado, conforme contidos nestes Estatutos foram fortemente inspirados pelo Artigo 14 do Pacto Internacional.

Em relação às garantias mínimas contidas no artigo 14(3) do Pacto relativas a processos penais, o Comitê de Direitos Humanos destacou no Comentário Geral nº 13 que a sua observância “nem sempre é suficiente para garantir justice em uma audiência como determinado no parágrafo 1º”¹ do artigo 14, o que pode inclusive impor posteriores obrigações aos Estados-parte. Particularmente, em casos onde a pena de morte pode ser aplicada, “a obrigação dos Estados-parte de observar rigorosamente todas as garantias de um julgamento justo determinadas no artigo 14 do Pacto não admite exceção”.²

Abaixo, alguns exemplos da jurisprudência universal e regional mostrarão a diversidade de situações no decorrer de julgamentos que podem resultar em violação ao direito a uma audiência justa. Mais detalhes sobre a justiça em audiências serão dadas na subseção 3.2.2 relativa ao “Direito à igualdade de armas e procedimentos de defesa”.

O direito a um julgamento justo no artigo 14(1) do Pacto foi violado num caso onde o tribunal falhou em “controlar a atmosfera hostil e a pressão criada pelo público no tribunal, que tornou impossível ao advogado de defesa argüir propriamente as testemunhas e apresentar” a defesa do autor. Embora a Corte Suprema tenha se referido a este assunto, a mesma “falhou em apontar especificamente este aspecto ao ouvir a defesa do autor”.³ O direito a um julgamento justo nos termos do Artigo 14(1) foi também violado em um caso onde um promotor apresentou um pedido de *nolle prosequi* em um julgamento após o réu ter se declarado culpado por homicídio. O Comitê considerou que, nas circunstâncias do caso, a “finalidade e o efeito” do *nolle prosequi* “eram de tirar vantagem das circunstâncias” da declaração de culpa do réu, ao invés de usá-lo para retirar os processos contra o réu, e isso permitiu à promotoria fazer uma nova acusação idêntica contra o réu imediatamente.⁴

¹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 123, par. 5.

² Comunicado No. 272/1988, *A. Thomas v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1992), in UN doc. GAOR, A/47/40, p. 264, par. 13.1; grifo nosso.

³ Comunicado No. 770/1997, *Gridin v. Federação Russa* (Visões adotadas em 20 de julho de 2000), in UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 176, par. 8.2. O autor alegou, *inter alia*, que a câmara estava lotada de pessoas gritando que ele deveria ser condenado à morte; *ibid.*, p. 173, par. 3.5.

⁴ Comunicado No. 535/1993, *L. Richards v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 43, par. 7.2.

O caso das “Crianças de Rua”: Justiça no ponto de vista das vítimas

O chamado caso das “Crianças de Rua” contra a Guatemala diz respeito ao rapto, tortura e assassinato de quatro “crianças de rua”, o assassinato de uma quinta, e a falha dos mecanismos do Estado para lidar apropriadamente com essas violações e proporcionar o acesso à justiça às famílias das vítimas. Procedimentos penais foram instituídos, mas ninguém foi punido pelos crimes cometidos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que os fatos relevantes constituíam violação do artigo 1(1) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos “em relação ao seu artigo 8º”, já que o Estado “falhou no cumprimento de sua obrigação de conduzir uma efetiva e adequada investigação dos fatos correspondentes”, i.e. o rapto, tortura e assassinato das vítimas.⁵ De acordo com a Corte, os procedimentos domésticos tinham “falhas sérias de dois tipos”: *primeiro*, “a investigação dos crimes de rapto e tortura foi completamente omitida”, e, *segundo*, “prova que poderia ser muito importante para a devida elucidação dos homicídios não foi solicitada, realizada ou avaliada”.⁶ Estava também “evidente” que os juízes domésticos haviam “fragmentado o material probatório e então procuraram minimizar o significado de cada um dos elementos que provavam a responsabilidade dos réus, item por item”, e que isso significou uma contravenção aos “princípios de avaliação de provas, segundo o qual a prova deve ser avaliada por completo ... considerando as relações mútuas e a forma com que esta prova admite ou não a existência de outras provas”.⁷ Neste caso, a Corte também enfatizou que

“É evidente, pelo artigo 8º do Pacto, que as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares deveriam ter reais possibilidades de serem ouvidos e de atuarem nos respectivos processos, a fim de aclarar os fatos e punir os responsáveis, bem como buscar a devida indenização”.⁸

Como pode ser visto, o devido processo garante também procedimentos para que as autoridades domésticas investiguem e processem violações de direitos humanos.

O direito de ser ouvido pessoalmente: O direito a um julgamento justo garantido pelo artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos foi violado no caso Botten, onde a Suprema Corte Norueguesa proferiu uma nova sentença, condenando e sentenciando o autor, apesar de não o ter citado ou ouvido-o pessoalmente. Isso ocorreu apesar do fato de os procedimentos anteriores à Corte incluírem uma audiência pública onde o autor foi representado por um advogado. Na visão da Corte Européia, a “Suprema Corte tinha o dever de tomar medidas positivas para “citar o autor e ouvi-lo diretamente antes de proferir a sentença”.⁹

⁵ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Villagrán Morales e outros. (O Caso das “Crianças de Rua”) v. Guatemala, julgamento de 19 de novembro de 1999, Série C, No. 63, p. 198, par. 233.*

⁶ *Ibid.*, p. 196, par. 230; para mais detalhes, vide *ibid.*, pp. 196-198, par. 231-232.

⁷ *Ibid.*, p. 198, par. 233.

⁸ *Ibid.*, p. 195, par. 227.

⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Botten v. Noruega, julgamento de 19 de fevereiro de 1996, relatórios 1996-I, p. 145, par. 53.*

O direito a um julgamento justo foi violado ainda no caso *Bricmont*, onde o autor foi condenado por diversas acusações criminais, sendo que a Corte de Apelações baseou-se em acusações da parte civil, membro da família real, que juntou-se à promotoria a fim de obter reparação por danos. Entretanto, em algumas das acusações nas quais a Corte de Apelações declarou o autor culpado, o mesmo foi condenado após procedimentos que violaram o seu direito à defesa garantidos pelo artigo 6º; de fato, o autor não teve a “oportunidade, baseada no contraditório, de produzir provas da peça da acusação, em sua presença, em todas as acusações”, havendo contraditório em apenas uma acusação.¹⁰

O direito a um julgamento justo pode ser violado de diversas formas, mas como princípio geral sempre foi tido em mente que o acusado deve, a todo tempo, ter ampla possibilidade de responder acusações, desafiar provas, argüir testemunhas, fazê-lo em uma atmosfera digna.

Falhas e restrições nos procedimentos de investigação criminal podem prejudicar seriamente o direito a um julgamento justo e também prejudicar o direito à presunção de inocência.

3.2.1 O direito de acesso a uma corte ou tribunal

Em relação ao direito de acesso aos tribunais, a Corte Européia de Direitos Humanos regulamentou o artigo 6(1), que “assegura a qualquer um o direito de ter qualquer reclamação relativa aos seus direitos civis e obrigações examinada por uma corte ou tribunal”; onde um prisioneiro cuja permissão para consultar um advogado a fim de mover uma ação civil por calúnia contra um agente penitenciário foi recusada pelo *Home Secretary* do Reino Unido, esta recusa constituiu violação ao direito do autor de “recorrer aos tribunais conforme garantido” pelo artigo 6(1).¹¹ A mesma questão surgiu no caso *Campbell e Fell* onde os autores reclamaram da demora das autoridades penitenciárias na concessão de permissão a eles para que buscassem assistência judiciária para as lesões que sofreram durante um incidente na prisão. Embora eles tenham obtido a permissão pretendida, a Corte enfatizou que “por razões de prova, entre outras, a velocidade no acesso à assistência judiciária é importante em casos de lesões pessoais” e que “impedimentos, ainda que de caráter temporário, pode contrariar o Pacto”.¹²

¹⁰ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Bricmont*, julgamento de 7 de julho de 1989, Série A, No. 158, pp. 30-31, par. 84-85.

¹¹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Golder v. Reino Unido*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, Série A, No. 18, p. 18, par. 36 e p. 19, par. 40 até p. 20.

¹² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Campbell e Fell*, julgamento de 28 de junho de 1984, Série A, No. 80, p. 46, par. 107.

Também é interessante destacar que casos onde autoridades administrativas decidem ilícitos administrativos, como casos de excesso de velocidade em rodovias, que culminam em uma “acusação criminal” nos termos do artigo 6(1) da Convenção Européia, os mesmos devem “estar sujeitos ao subsequente controle ‘judicial de plena jurisdição’”.¹³ Isso significa que o órgão judicial deve ter “poderes para reformar, em todos os aspectos, em *questões de fato e de direito*”, a decisão da autoridade inferior.¹⁴ Se nestas circunstâncias uma Corte Constitucional puder examinar somente questões de direito, ela não cumprirá com os requisitos do artigo 6(1), e, similarmente, se a Autoridade Administrativa não tiver poderes para reformar a decisão “em questões de fato e de direito” ela não poderá, na visão da Corte Européia, ser considerada um “tribunal” nos termos do artigo 6(1).¹⁵

Em numerosos outros casos que não serão analisados aqui, a Corte Européia também encontrou violações de direito de acesso aos tribunais para a determinação dos direitos civis e obrigações dos indivíduos, inclusive direito de propriedade e o direito de acesso a uma criança.¹⁶

Finalmente, devemos relembrar que o direito de acesso aos tribunais significa, por exemplo, que homens e mulheres devem ter igual acesso e que essa igualdade pode requisitar a concessão de remédios legais com a finalidade de assegurar este direito (cf. precedente nos termos do art. 14(1) do Pacto Internacional e art. 6(1) da Convenção Européia, conforme explicado no Capítulo 6°).¹⁷

O direito de acesso aos tribunais significa que ninguém pode ser impedido, seja por lei, por procedimentos administrativos, ou por recursos materiais de dirigir-se a uma corte ou tribunal com a finalidade de reivindicar seus direitos.

Mulheres e homens têm igual direito de acesso aos tribunais.

3.2.2 O direito à igualdade de armas e ao contraditório

A noção de *igualdade de armas* é essencial em um julgamento justo, e é uma expressão da igualdade que deve existir “entre a acusação e a defesa”.¹⁸ Em relação ao conceito de “julgamento justo” do artigo 14(1) do Pacto Internacional, o Comitê de

¹³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Palaoro v. Áustria*, julgamento de 23 de outubro de 1995, Série A, No. 329-B, p. 40, par. 41.

¹⁴ Ibid., p. 41, par. 43; grifo nosso.

¹⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Allan Jacobsson v. Suécia*, julgamento de 25 de outubro de 1989, Séries A. No. 163, pp. 19-21, par. 65-77 (direito de propriedade); e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Eriksson v. Suécia*, julgamento de 22 de junho de 1989, Série A, No. 156, pp. 27-29, par. 73-82 e p. 31, par. 90-92 (questão de acesso de crianças).

¹⁷ Veja também o Capítulo 15 deste Manual relativo à disponibilização de remédios nacionais efetivos para violação de direitos humanos e liberdades fundamentais.

¹⁸ Comunicado No. 307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Visões adotadas em 24 de março de 1993 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 44, par. 6.4.

Direitos Humanos explicou que “deve ser interpretado como se necessária uma série de condições, tais como a igualdade de armas e o respeito ao princípio do contraditório”, e que “estes requerimentos não são respeitados onde ... ao acusado é negada a possibilidade de comparecer pessoalmente ao julgamento, ou onde for incapaz de devidamente instruir seu representante”. Em particular, “o princípio da igualdade de armas não é respeitado onde o acusado não recebe uma acusação fundamentada”.¹⁹

A Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas definiu que “o direito a um julgamento justo envolve o cumprimento de certos critérios objetivos, incluindo o direito ao igual tratamento, direito a defesa por um advogado, especialmente quando o mesmo for chamado por interesse da justiça, bem como a obrigação dos tribunais e cortes de adequar-se a padrões internacionais a fim de garantir um julgamento justo a todos”. A Comissão também definiu que “**o direito a um igual tratamento por uma jurisdição**”, especialmente em matéria penal, significa, em primeira instância, que tanto a defesa quanto a acusação terão igual oportunidade de preparar e apresentar seus pleitos e acusação durante o julgamento”. Eles deverão, em outras palavras, ser aptos a “apresentar seus casos ... em pé de igualdade”. Em segundo lugar, “garante o igual tratamento de todas as pessoas acusadas submetidas a uma jurisdição”. Embora “isto **não** signifique que tratamento similar será dado a todos os acusados”, a resposta do Judiciário deve ser similar “quando os fatos objetivos forem semelhantes”.²⁰ Quando, num caso de pena de morte, a Corte de Apelações de Ngozi em Burundi se recusou a conceder ao acusado um adiamento dos procedimentos em vista da ausência de um advogado, embora tenha anteriormente aceitado o pedido de adiamento da acusação, a Comissão Africana concluiu que a Corte de Apelações “violou o direito ao igual tratamento, um dos princípios fundamentais do julgamento justo”.²¹

A Corte Européia de Direitos Humanos definiu o princípio da igualdade de armas como “um dos aspectos de conceito mais amplo no julgamento justo” conforme entendido no artigo 6(1) da Convenção Européia, que implica que “a cada parte deve ser dada uma oportunidade razoável de apresentar seu caso em condições que não a coloquem em condição de desvantagem em relação ao seu oponente”; neste contexto, “a importância é atribuída aos comparecimentos bem como a sensibilidade em uma justa administração da justiça”.²²

¹⁹ Comunicado No. 289/1988, *D. Wolf v. Panamá* (Visões adotadas em 26 de março de 1992), in UN doc. GAOR, A/47/40, pp. 289-290, par. 6.6.

²⁰ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Avocats Sans Frontières (em nome de Gaëtan Bwampamye) v. Burundi*, Comunicado No. 231/99, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 26-27 do texto da decisão publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html> (grifo nosso).

²¹ *Ibid.*, par. 29.

²² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Bulut v. Áustria*, julgamento de 22 de fevereiro de 1996, *Relatórios 1996-II*, p. 359, par. 47.

O princípio igualdade de armas foi violado onde, nas suas observações à Suprema Corte, o Advogado Geral declarou que se opôs à apelação do autor; estas observações nunca foram utilizadas pela defesa, que não pôde comentá-las.²³ A Comissão Européia notou que o princípio da igualdade de armas não depende de posteriores, quantificáveis injustiças no decorrer de um procedimento desigual”, e que “é matéria de defesa avaliar quando a alegação mereça reação. É, portanto, injusto à acusação fazer alegações à corte sem o conhecimento da defesa”.²⁴

Entretanto, ao invés de referir-se ao princípio da igualdade de armas, a Corte Européia tem algumas vezes enfatizado o *o direito ao contraditório nos procedimentos civis e penais*, um direito que “significa, em princípio, a oportunidade das partes, em um julgamento civil ou penal, de ter conhecimento e comentar todas as provas produzidas ou as observações feitas, mesmo por um membro independente da assistência judiciária nacional, a fim de influenciar a decisão do tribunal”.²⁵ Nas palavras da Corte, “muitas maneiras são admitidas na lei nacional para que este objetivo seja alcançado”, mas “*qualquer que seja o método escolhido, ele deve assegurar que a outra parte terá ciência das observações realizadas e terá uma oportunidade real de comentá-las*”.²⁶

Conseqüentemente, no caso *Lobo Machado*, relativo a procedimentos que tratavam de direitos sociais, o Advogado Geral Substituto emitiu um parecer – ao qual o autor não teve acesso – para que a apelação à Suprema Corte fosse dispensada; isso constituiu violação ao artigo 6(1), o que foi “agravado pela presença do Advogado Geral Substituto na audiência privada da Suprema Corte”.²⁷

²³ Ibid., par. 49.

²⁴ Ibid., pp. 359-360, par. 49.

²⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lobo Machado v. Portugal*, julgamento de 20 de fevereiro de 1996, Relatório 1996-I, par. 31 até p. 207.

²⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Brandstetter v. Áustria*, julgamento de 28 de agosto de 1991, Série A, No. 211, pp. 27-28, par. 67; grifo nosso.

²⁷ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lobo Machado v. Portugal*, julgamento de 20 de fevereiro de 1996, Relatório 1996-I, pp. 206-207, par. 31-32.

O caso Brandstetter

No caso *Brandstetter*, relativo a procedimentos de difamação, a Corte de Apelações de Viena baseou-se nas alegações do Procurador Público Sênior que não foram enviadas ao autor e das quais o mesmo e seu advogado não sabiam da existência. Para a Corte, não ajudou o fato de que a Suprema Corte subsequente reformou a decisão relevante da corte de apelações: nesta visão, “uma possibilidade puramente hipotética de um acusado de comentar os argumentos da acusação incluídos no texto de um julgamento raramente podem ser considerados um substituto adequado ao exame e réplica das alegações feitas pela acusação”. Além disso, “a Suprema Corte não remediou a situação reformando o primeiro julgamento já que a decisão foi totalmente baseada em um assunto não relacionado de qualquer forma a esta questão”.²⁸

O direito à igualdade de armas ou o direito ao verdadeiro contraditório nas questões civis e penais são uma parte intrínseca do direito a uma audiência justa e significam que a todo momento deve existir equilíbrio entre a acusação e a defesa. Em nenhum estágio do procedimento pode qualquer parte ser colocada em desvantagem em relação ao seu oponente.

3.2.3 A detenção de testemunhas

A questão da igualdade de armas surgiu nos termos do artigo 14 do Pacto Internacional no caso *Campbell*, onde o autor alegava não ter tido um julgamento justo e que seu filho de dez anos de idade tinha sido detido para assegurar que ele fosse testemunhar. O autor foi processado por ter iniciado uma disputa conjugal com sua esposa, e no julgamento seu filho primeiro testemunhou que não havia visto seu pai. De acordo com a versão dada pelo autor, seu filho não havia mudado seu depoimento, e no final do primeiro dia do julgamento ele foi levado à delegacia, onde passou a noite. No dia seguinte, ele “chorou e testemunhou contra o seu pai”.²⁹ Entretanto, ao final dos procedimentos na corte, o filho retratou seu testemunho em uma declaração escrita.

²⁸ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Brandstetter v. Áustria*, julgamento de 28 de agosto de 1991, Série A, No. 211, p. 28, par. 68.

²⁹ Comunicado No. 307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Visões adotadas em 24 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 42, par. 2.3.

Para o Comitê de Direitos Humanos, esta é “uma alegação grave”, e enfatizou que “a detenção de uma testemunha, para obtenção de seu depoimento, é uma medida excepcional que deve ser regulada por critérios específicos, na lei e na prática”.³⁰ Neste caso “não era aparente nas informações ... que existiam circunstâncias especiais que justificassem a detenção do filho menor do autor”, e, ainda, “em vista da retratação, sérias questões” surgiram “sobre a possível intimidação e sobre a confiabilidade do testemunho obtido nessas circunstâncias”. O Comitê então concluiu que “o direito do autor a um julgamento justo foi violado”.³¹

Nos termos do artigo 14(1) do Pacto Internacional, só é legítimo deter uma testemunha em casos excepcionais. É incerto saber em que extensão essa medida seria aceitável em outros tratados.

3.2.4 Instruções do juiz ao júri

Diversos casos trazidos ao Comitê de Direitos Humanos eram relativos à inadequação das instruções do juiz ao júri. Nesses casos o Comitê consistentemente definiu que “geralmente as cortes de apelação dos Estados-parte do Pacto devem avaliar os fatos e evidências de um caso particular” e não é, portanto, “em princípio”, para que elas

“revejam instruções específicas dadas pelo juiz ao júri em um tribunal de júri, **a não ser que se possa verificar que as instruções ao júri foram claramente arbitrárias ou contrárias à justiça, ou que o juiz tenha manifestamente violado sua obrigação de imparcialidade**”.³²

O Comitê observou que “as instruções do juiz ao júri devem obedecer padrões particularmente altos em relação ao seu desenvolvimento e imparcialidade nos casos em que uma pena de morte pode ser atribuída a um acusado”, e o mesmo se aplica aos casos em que o acusado alega legítima defesa”.³³

³⁰ Ibid., p. 44, par. 6.3-6.4.

³¹ Ibid., p. 44, par. 6.4.

³² Comunicados Nos. 226/1987 e 256/1987, *M. Sawyers e M. and D. McLean v. Jamaica* (Visões adotadas em 11 de abril de 1991), in UN doc. GAOR, A/46/40, p. 233, par. 13.5; grifo nosso.

³³ Comunicado No. 232/1987, *D. Pinto v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR A/45/40 (vol. II), p. 73, par. 12.3.

Na maioria dos casos o Comitê não encontrou evidência de que as instruções do juiz tivessem sido arbitrárias de forma a serem injustas,³⁴ em particular quando parece claro que “o juiz colocou as respectivas versões da acusação e da defesa totalmente para o júri”.³⁵ Todavia, no caso *Wright*, que foi condenado à morte por assassinato, a omissão do juiz foi tão séria que resultou em **negação de justiça** contrária ao artigo 14(1) do Pacto. Neste caso, uma autópsia mostrou que o tiro que matou a vítima foi disparado quando o autor já estava em poder da polícia; esta conclusão do perito não foi contestada e estava disponível no tribunal.³⁶ Dada a “seriedade das implicações”, o Comitê decidiu que essa informação deveria ser trazida “à atenção do júri, embora não tenha sido mencionada pelo advogado”.³⁷

Em tribunais de júri, as instruções do juiz ao júri devem ser imparciais e justas de forma que a acusação e a defesa sejam apresentadas de maneira a garantir o direito a um julgamento justo, livre de quaisquer arbitrariedades. Violação a este dever essencial significa negação de justiça.

3.3 O direito a uma audiência pública

O direito a uma audiência pública nos casos civis e penais é expressamente garantido pelo artigo 14(1) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo artigo 6(1) da Convenção Européia dos Direitos Humanos, apesar de que a imprensa e o público “podem ser excluídos de todo ou parte” do julgamento por razões específicas, nomeadamente, interesses de moral, ordem pública ou segurança nacional em uma sociedade democrática, no interesse da vida privada das partes, ou quando o interesse da justiça assim o determine. Para isso, a Convenção Européia também inclui o “interesse de menores” para manterem os julgamentos fechados. O artigo 8(5) Da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos determina que este direito diz respeito só a processos penais, que “serão públicos, exceto se for necessário proteger os interesses da justiça”. A Regra 79(A) nas versões idênticas das Regras de Procedimentos e Provas do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia também se referem à possibilidade do julgamento ocorrer em câmara fechada por razões de ordem pública e moralidade, segurança, segurança para não revelação da identidade de uma vítima ou testemunha conforme determinado na Regra 75, ou para a proteção dos interesses da

³⁴ Vide e.g. *ibid.*, loc. cit. e Comunicado No. 283/1988, *A. Little v. Jamaica* (Visões adotadas em 1º de novembro de 1991), in UN doc. GAOR, A/47/40, p. 282, par. 8.2.

³⁵ Comunicado No. 232/1987, *D. Pinto v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR A/45/40 (vol. II), p. 73, par. 12.4.

³⁶ Comunicado No. 349/1989, *C. Wright v. Jamaica* (Visões adotadas em 27 de julho de 1992), in UN doc. GAOR, A/47/40, p. 315, par. 8.3.

³⁷ *Ibid.*, loc. cit.

Justiça. Entretanto, a Câmara de Julgamento deverá tornar públicas as razões para esta ordem” (Regra 79(B)).

No Comentário Geral No. 13, no artigo 14 do Pacto, o Comitê de Direitos Humanos enfatizou que “a publicidade das audiências é importante salvaguarda do interesse dos indivíduos e da sociedade”. Além das circunstâncias excepcionais determinadas no artigo 14(1), “uma audiência deve ser aberta ao público em geral incluindo membros da imprensa, e não poderá, por exemplo, ser limitada a uma categoria particular de pessoas”.³⁸ Não obstante a não publicidade do julgamento em si, “o julgamento deve, com certas exceções específicas estritamente definidas, ser público” nos termos do artigo 14 do Pacto.³⁹

O dever de manter os processos públicos nos termos do artigo 14(1) é incumbência do Estado, e “é independente de qualquer requisição, pela parte interessada ... Tanto a legislação nacional quanto a prática judicial devem prever a possibilidade de presença pública, se o público assim o quiser”.⁴⁰ Este dever ainda implica que

“Os tribunais devem disponibilizar a tempo as informações sobre as audiências disponíveis ao público e providenciar formas adequadas de comparecimento do público, com limites razoáveis, levando em consideração, por exemplo, o potencial interesse público no caso, a duração da audiência e o tempo em que o pedido formal de publicidade tenha sido feito. Falha do tribunal em disponibilizar salas de audiência grandes não constitui violação do membro do público interessado se o mesmo não for impedido de comparecer à audiência.”⁴¹

O princípio da publicidade significa que os julgamentos conduzidos em segredo são contrários ao artigo 14(1), como o caso de oito antigos parlamentares do Zaire e um empresário, cujos julgamentos – entre outros defeitos – não foram públicos e que foram sentenciados a quinze anos de prisão, com exceção do empresário, que recebeu uma pena de prisão de cinco anos.⁴²

O artigo 14(1) foi naturalmente violado nos casos onde a audiência foi fechada quando o Estado-membro foi incapaz de justificar esta medida em consonância com os termos do Pacto.⁴³

³⁸ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pp. 123-124, par. 6.

³⁹ *Ibid.*, par. 6 at p. 124.

⁴⁰ Comunicado No. 215/1986, *G. A. van Meurs v. Holanda* (Visões adotadas em 13 de julho de 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol. II), p. 59, par. 6.1.

⁴¹ *Ibid.*, p. 60, par. 6.2.c

⁴² Comunicado No. 138/1983, *N. Mpandanjila e outros v. Zaire* (Visões adotadas em 26 de março de 1986), in UN doc. *GAOR*, A/41/40, p. 126, par. 8.2.

⁴³ Comunicado No. 74/1980, *M. A. Estrella v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de março de 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 159, par. 10.

A Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas definiu que, independente do fato de que o direito a um julgamento público não esteja expressamente previsto na Carta Africana, ela tem poderes pelos artigos 60 e 61 da Carta de “inspirar-se na lei internacional dos direitos humanos das pessoas e tomar medidas subsidiárias de outras convenções gerais e especiais, costumes geralmente aceitos como direito, princípios gerais de direito reconhecidos pelos Estados Africanos bem como precedentes legais e doutrina”. Em suporte à noção de publicidade das audiências, a Comissão então invocou os termos acima relacionados do Comentário Geral n° 13 da Comissão de Direitos Humanos no artigo 14(1) do Pacto.⁴⁴ A Comissão Africana em seguida notou que as “circunstâncias excepcionais” que podem justificar as exceções ao princípio da publicidade nos termos do artigo 14(1) do Pacto são “exaustivos”.⁴⁵ Onde o Governo respondente fizer apenas “genérica declaração em sua defesa”, sem especificar que exatas circunstâncias possibilitaram a exclusão de uma audiência pública, a Comissão concluiu que o direito a um julgamento justo garantido pelo artigo 7° da Carta Africana foi violado.⁴⁶

O princípio de um processo público conforme garantido pelo artigo 8(5) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos foi questão no caso *Castillo Petruzzi e outros*, onde “todos os procedimentos no caso, mesmo a própria audiência, foram realizados longe do olhar público e em segredo”, resultando em uma “gritante violação ao direito a uma audiência pública reconhecido na Convenção”; de fato, “os processos foram conduzidos em base militar, fora dos limites para o público”.⁴⁷

Nos termos do artigo 6(1) da Convenção Européia, os procedimentos devem, com as exceções descritas acima, ser conduzidos publicamente. Entretanto, a aplicação desta disposição “a processos perante cortes de apelação dependem de condições especiais dos processos envolvidos”, e “deve ser considerado o processo como um todo na ordem legal nacional e o papel da corte de apelação”.⁴⁸ A Corte consistentemente definiu que

“desde que se tenha uma audiência pública em primeira instância, a ausência de ‘audiências públicas’ na segunda e terceira instâncias podem ser justificadas por questões especiais do procedimento relevante. Além disso, procedimentos envolvendo exclusivamente questões de direito, em oposição às questões de fato, podem cumprir com

⁴⁴ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Media Rights Agenda (em nome de Niran Malaolu) v. Nigéria*, Comunicado No. 224/98, decisão adotada durante a 28ª sessão, 23 outubro – 6 de novembro de 2000, par. 51 do texto da decisão conforme publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 52.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 53-54.

⁴⁷ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru*, julgamento de 30 de maio de 1999, *Série C*, No. 52, p. 211, par. 172-173

⁴⁸ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Bulut v. Áustria*, julgamento de 22 de fevereiro de 1996, *Relatórios 1996-II*, p. 357, par. 40.

os requerimentos do Artigo 6º ainda que ao recorrente não tenha sido dada a oportunidade de ser ouvido em pessoa pela corte de apelações ou cassação.”⁴⁹

Aplicando esta interpretação ao caso *Bulut*, a Corte Européia não encontrou violação mesmo tendo a Suprema Corte usado procedimento sumário unanimemente para julgar improcedente uma apelação por ausência de mérito. A Corte Européia não estava satisfeita com as bases da nulidade argüidas pelo autor “erguidas em questões de fato com base em que a declaração de sua culpa ou inocência necessitaria uma audiência”.⁵⁰ A ausência da audiência pública também não violou o artigo 6(1) no caso *Axen*, onde o Tribunal Federal Alemão decidiu dispensar uma audiência por ter unanimemente considerado que a apelação estava mal fundada em questões de direito; antes de tomar sua decisão, entretanto, examinou devidamente as visões das partes”.⁵¹

O caso Weber

O direito a uma audiência pública foi violado no caso *Weber* relativo à falha de confidencialidade em uma investigação judicial, onde o Presidente da Divisão de Cassação Criminal da Corte Cantonal de Vaud na Suíça – e a própria Divisão de Cassação – proferiu uma sentença sem uma audiência. Não foi suficiente ao caso que os procedimentos subseqüentes no Tribunal Federal fossem públicos, uma vez que o Tribunal “só poderia garantir que não houve arbitrariedade por sua própria parte” e não era competente para “determinar todas as questões de fato e direito disputadas”.”⁵²

3.3.1 O direito a um julgamento público

O artigo 14(1) in fine do Pacto Internacional determina que “qualquer julgamento dado em um caso penal ou em processo deve ser público, salvo se o interesse de menores requerer forma diversa ou em processos relativos a disputas conjugais ou guarda de filhos”. O artigo 6(1) da Convenção Européia determina que a sentença “deverá ser pronunciada publicamente”. O artigo 8(5) da Convenção Americana refere-se somente à publicidade dos processos, enquanto o artigo 7º da Carta Africana é omissivo quanto a estas questões. Os artigos 22(2) e 23(2) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia determinam a entrega “pública” da sentença da Câmara de Julgamento. Finalmente, de acordo com o artigo 74(5) do Estatuto

⁴⁹ Ibid., p. 358, par. 41.

⁵⁰ Ibid., par. 42.

⁵¹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Axen v. República Federativa da Alemanha*, julgamento de 8 de dezembro de 1983, Série A, No. 72, p. 12, par. 28.

⁵² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Weber v. Suíça*, julgamento de 22 de maio de 1990, Série A, No. 177, p. 20, par. 39.

do Tribunal Penal Internacional, as “decisões ou pronunciamentos devem ser realizados em tribunal aberto”.

Como observado pela Corte Européia, o objetivo almejado pelo artigo 6(1) em relação à publicidade dos julgamentos é “*assegurar a fiscalização do judiciário pelo público com a finalidade de garantir o direito a um julgamento justo*”.⁵³ Entretanto, a Corte não adotou uma interpretação literal da expressão “a sentença deve ser pronunciada publicamente” mas levou em conta, em seu precedente, a “tradição de longa data” de muitos Estado do Conselho da Europa de tomar decisões públicas em alguns ou todos os seus tribunais; referidas tradições podem não necessariamente implicar em leitura em voz alta das sentenças em questão, mas depositar as sentenças em registros acessíveis ao público.⁵⁴ A Corte Européia considerou, portanto, “que em cada caso a forma de publicidade a ser dada à ‘sentença’ nos termos da lei nacional o Estado respondente deve ser considerada tendo em vista as condições específicas do processo em questão e de acordo com o objeto e finalidade” do artigo 6(1).⁵⁵

The case of Pretto and Others

No caso *Pretto e Outros*, onde a Corte Italiana de Cassação proferiu uma sentença em um processo civil que não foi pronunciada publicamente, a Corte Européia considerou a “totalidade dos procedimentos conduzidos pela ordem jurídica italiana e a competência da Corte de Cassação”, notando que a sua competência estava “confinada à revisão na lei da decisão da Corte de Apelações de Veneza”. A Corte de Cassação “não poderia ela mesma determinar o processo, mas somente, na ocasião, rejeitar a apelação do autor ou, alternativamente, reformar a sentença anterior e devolver o caso ao tribunal”.⁵⁶ Após a realização de audiências públicas, a Corte de Cassação rejeitou a apelação, quando a decisão da Corte de Apelação tornou-se final; as conseqüências para o autor permaneceram inalteradas. Ainda que a sentença que rejeitou a apelação não foi pronunciada em sessão aberta, todos poderiam consultá-la e obter uma cópia da mesma mediante pedido ao cartório do tribunal.⁵⁷ Na opinião da Corte Européia, o objetivo do artigo 6(1) de garantir a fiscalização pública do Judiciário era

“a qualquer tempo dos procedimentos de cassação, providenciar ao menos o

⁵³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pretto e Outros v. Itália*, julgamento de 8 de dezembro de 1983, Série A, No. 71, par. 27 at p. 13; grifo nosso.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 12, par. 25-26.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 26.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 12-13, par. 27.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 27 at p. 13.

depósito no cartório do tribunal, deixando o texto, na íntegra, disponível a todos, ou a leitura em sessão aberta da decisão rejeitando a apelação ou reformando a sentença anterior, observado que esta leitura pode, às vezes, ser limitada a questões operacionais”.⁵⁸

Em vista disso, a falta de pronunciamento público da sentença da Corte de Cassação não constituiu violação ao artigo 6(1) da Convenção.⁵⁹

Ao menos, cada pessoa indiciada por um crime tem o direito a um procedimento público de primeira instância e em todos os níveis de recursos se a questão da culpa comportar questões de fato e de direito.

A sentença em um processo penal deve ser pública, exceto em circunstâncias excepcionais. Em fase de recurso, o dever de fazer um pronunciamento público das sentenças pode em alguns casos ser satisfeito disponibilizando-as ao público no cartório do tribunal (Europa).

3.4 O direito de ser julgado “sem atraso injustificado” ou “em tempo razoável”

De acordo com o artigo 14(3)(c) do Pacto Internacional e artigos 20(4)(c) e 21(4)(c) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e antiga Iugoslávia, toda pessoa que sofrer uma acusação penal terá o direito de “ser julgada ***sem atraso injustificado***” (grifo nosso). Nos termos do artigo 7(1)(d) da Carta Africana, artigo 8(1) da Convenção Americana e artigo 6(1) da Convenção Européia, todos têm o direito de serem ouvidos “***em tempo razoável***” (grifo nosso).

O que significa ser julgado “sem atraso injustificado”: No Comentário Geral No. 13, o Comitê de Direitos Humanos declarou que ser julgado sem atraso injustificado é uma garantia que “***se relaciona não somente ao tempo em que o julgamento deve começar, mas também ao tempo em que deve terminar e a sentença ser proferida: todas as etapas devem desenvolver-se ‘sem atraso injustificado’.*** Para tornar este direito

⁵⁸ Ibid., loc. cit.

⁵⁹ Ibid., p. 13, par. 28. Veja também *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Sutter v. Suíça, julgamento de 22 de fevereiro de 1984, Série A, No. 74*, pp. 14-15, par. 31-34.

efetivo, um procedimento deve ser disponibilizado para que o processo siga ‘sem atraso injustificado’, tanto em primeira instância quanto em grau de recurso.”⁶⁰ Esta visão foi posteriormente enfatizada na jurisprudência do Comitê, de acordo com o artigo 14(3)(c) e (5) “que devem ser lidos conjuntamente, a fim de que o direito à revisão da condenação e sentença possam ser concedidos sem atraso”.⁶¹

É importante notar que o Comitê deixou claro que “a dificuldade econômica” do Estado-membro não é desculpa para o não cumprimento do Pacto, e enfatizou a este respeito que “os direitos determinados no Pacto constituem padrões mínimos que todos os Estados-membros concordaram em observar”.⁶²

Em princípio compete ao Estado-membro a demonstração de que a complexidade de um caso é passível de justificar o atraso na opinião do Comitê,⁶³ embora a mera afirmação de que o atraso não foi excessivo não seja suficiente;⁶⁴ o Comitê também examinará se o atraso, ou parte dele, pode ser atribuído aos autores, por exemplo, ao decidirem substituir os advogados.⁶⁵

⁶⁰ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 124, par. 10; grifo nosso.

⁶¹ Comunicados Nos. 210/1986 e 225/1987, *E. Pratt e I. Morgan v. Jamaica* (Visões adotadas em 6 de abril de 1989), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 229, par. 13.3.

⁶² Comunicado No. 390/1990, *B. Lubuto v. Zambia* (Visões adotadas em 31 de outubro de 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 14, par. 7.3.

⁶³ Comunicado No. 336/1988, *A. Fillastre v. Bolívia* (Visões adotadas em 5 de novembro de 1991), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 306, par. 6.6.

⁶⁴ Comunicado No. 639/1995, *W. Lawson Richards e T. Walker v. Jamaica* (Visões adotadas em 28 de julho de 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 189, par. 8.2.

⁶⁵ Comunicado No. 526/1993, *M. e B. Hill v. Espanha* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 17, par. 12.4.

O caso Pratt and Morgan

No caso *Pratt e Morgan*, os autores foram impossibilitados de apelar ao *Privy Council* porque a Corte de Apelações demorou cerca de três anos e nove meses para emitir uma sentença escrita. O Comitê não aceitou a explicação do Estado-membro de que este atraso era “atribuível a um descuido e que os autores deveriam ter exercido o seu direito de receber mais cedo uma sentença escrita”; ao contrário, ele considerou que a responsabilidade pelo atraso era das autoridades judiciárias, uma responsabilidade que “não depende de requisição do advogado em julgamento nem pode ser excluída com a ausência de pedido neste sentido pelo acusado”.⁶⁶ Em conclusão, o atraso violou os artigos 14(3)(c) e (5), e o Comitê concluiu que “não importaria se o *Privy Council* confirmasse a condenação dos autores”, já que “em todos os casos, e especialmente em casos de pena de morte, os acusados têm direito a julgamento e recursos sem atraso injustificado, não importando o resultado que estes procedimentos judiciais possam ter”.⁶⁷

O Comitê de Direitos Humanos examinou numerosos outros casos envolvendo violações alegadas deste direito, e somente alguns exemplos da jurisprudência serão destacados aqui. Em um caso, o Comitê concluiu que um atraso de **29 meses** da prisão ao julgamento foi contrário ao artigo 14(3)(c); a mera afirmação do Estado de que referido atraso não foi contrário ao Pacto não foi explicação suficiente.⁶⁸ Um atraso de **dois anos** entre a prisão e o julgamento também foi considerado violação ao artigo 14(3)(c) (e artigo 9(3)) do Pacto, e não foi então necessário ao Comitê “decidir se futuros atrasos na condução dos julgamentos eram atribuíveis ao Estado ou não”.⁶⁹ *A fortiori*, processos que levam **seis**⁷⁰ ou **cerca de dez anos**⁷¹ para serem finalizados são considerados violação do artigo 14(3)(c). O resultado foi o mesmo em um caso onde houve um atraso de **31 meses** entre a condenação e a apelação.⁷²

⁶⁶ Ibid., p. 230, par. 13.4.

⁶⁷ Ibid., par. 13.5.

⁶⁸ Comunicado No. 564/1993, *J. Leslie v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de julho de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 28, par. 9.3.

⁶⁹ Comunicado No. 672/1995, *C. Smart v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 29 de julho de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 149, par. 10.2.

⁷⁰ Comunicado No. 159/1983, *Cariboni v. Uruguai* (Visões adotadas em 27 de outubro de 1987), in UN doc. GAOR, A/43/40, p. 184 and pp. 189-190, par. 9.2 and 10.

⁷¹ Ibid., loc. cit.

⁷² Comunicado No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Visões adotadas em 18 de julho de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 232, par. 5.11.

Em contrapartida, um atraso de *dezoito meses* da prisão á abertura do processo do autor por assassinato não constituiu “atraso injustificado” na caso *Kelly*, onde “não houve demonstração de que as investigações pré-processuais poderiam ter sido concluídas antes, ou que o autor tenha reclamado disto às autoridades”.⁷³ Entretanto, no mesmo caso, os artigos 14(3)(c) e (5) foram violados uma vez que a Corte de Apelações levou quase cinco anos para emitir uma sentença escrita, impedindo que o autor peticionasse ao *Privy Council*.⁷⁴

Em um caso relativo ao pedido do autor de ser reintegrado à Guardia Civil no Peru, uma “aparentemente infundável seqüência de instâncias e repetidas falhas em implementar as decisões” resultaram em um atraso de sete anos que foi considerado “não razoável” pelo Comitê, conseqüentemente violando o “princípio de uma audiência justa” do artigo 14(1) do Pacto. Este caso não foi considerado nos termos do artigo 14(3)(c).⁷⁵

Pelo artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, o período de início a ser levado em consideração é o dia em que a pessoa for acusada, presa ou convocada ao julgamento,⁷⁶ por exemplo, e o fim do período é normalmente quando a sentença absolvendo ou condenando a pessoa ou pessoas torna-se final.⁷⁷

Sobre a questão da razoabilidade da duração dos processos, sejam civis ou penais, a Corte Européia consistentemente defende que

“deve ser considerada tendo em vista as particularidades do caso, mas com base nos critérios determinados nos precedentes da Corte, em particular *a complexidade do caso, a conduta do autor e a aquela das autoridades competentes*”.⁷⁸

Em relação à *conduta do autor*, vale notar que a Corte Européia definiu que o artigo 6º “não requer que a pessoa acusada de um crime coopere ativamente com as autoridades judiciais”, e que, conseqüentemente, não culpa o autor por tirar “total

⁷³ Comunicado No. 253/1987, *P. Kelly v. Jamaica* (Visões adotadas em 8 de abril de 1991), in UN doc. *GAOR*, A/46/40, p. 248, par. 5.11.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 5.12.

⁷⁵ Comunicado No. 203/1986, *R. T. Muñoz Hermoza v. Peru* (Visões adotadas em 4 de novembro de 1988), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 204, par.11.3.

⁷⁶ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Kemmache v. França, julgamento de 27 de novembro de 1991, Série A, No. 218*, p. 27, par. 59 (data da acusação); e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Yagci e Sargin v. Turquia, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-A*, p. 20, par. 58 (data da prisão); *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Mansur v. Turquia, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-B*, p. 51, par. 60 (julgamento).

⁷⁷ Vide e.g. *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Yagci e Sargin v. Turquia, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-A*, p. 20, par. 58.

⁷⁸ *Corte Européia de Direitos Humanos., Caso Kemmache v. França, julgamento de 27 novembro de 1991, Série A, No. 218*, p. 20, par. 50 (criminal); e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Martins Moreira v. Portugal, julgamento de 26 de outubro 1988, Série A, No. 143*, p. 17, par. 45 (civil); grifo nosso.

vantagem dos recursos obtidos pela lei nacional em sua defesa”, embora isso possa tornar o processo mais lento de alguma forma.⁷⁹ O caso pode ser diferente se existir prova de que o autor e seu advogado demonstraram “intenção de obstruir o processo”.⁸⁰

As autoridades judiciárias foram, todavia, responsáveis pelo atraso injustificado do processo, contrário ao artigo 6º, no caso *Yagci e Sargin*, onde, contrariamente à lei nacional, os tribunais realizaram somente uma média de uma audiência por mês, e demoraram quase seis meses para absolver os autores com base nos recentemente revogados artigos do Código Penal que constituíam a base das acusações contra eles. Em todos os casos, os processos duravam um pouco menos de quatro anos e oito meses.⁸¹

Não ajuda neste caso o fato de que os Governos invocam sua responsabilidade internacional para olhar cuidadosamente todas as matérias em casos sérios de tráfico de drogas a fim de justificar os atrasos. Neste caso a Corte inequivocamente decidiu que *“cabe aos Estados Contratantes organizar seus sistemas legais de forma que seus tribunais possam atingir” os requisitos de razoabilidade.*⁸²

Similarmente, em processos civis, não é defesa ao Estado em questão alegar que seu Código de Processo Civil deixa a iniciativa às partes, que devem conduzir os atos processuais na maneira e tempo prescritos. A Comissão Européia decidiu nesse sentido que a referida regra “não dispensa os tribunais de garantir o cumprimento do artigo 6º em um período razoável de tempo”.⁸³ O juiz nacional, em outras palavras, tem a obrigação de intervir quando necessário para apressar os procedimentos de forma a não prejudicar a “efetividade e a credibilidade” da administração da justiça.⁸⁴

Qualquer pessoa acusada de um crime tem o direito de ser julgada sem atraso/em um período de tempo razoável. Todos os Estados têm o dever de organizar o Judiciário de forma que esse direito possa ser efetivamente assegurado.

O acusado não pode ser culpado por atrasos causados por ele no uso do seu direito de não se manifestar ou de não cooperar com as autoridades judiciárias. Atrasos judiciais somente podem ser atribuídos ao acusado em casos de comportamento deliberadamente protelatório.

⁷⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Yagci e Sargin v. Turquia*, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-A, p. 21, par. 66.

⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁸¹ *Ibid.*, p. 22, par. 67-70.

⁸² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Mansur v. Turkey*, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-B, p. 53, par. 68; grifo nosso.

⁸³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Vernillo v. França*, julgamento de 20 de fevereiro de 1991, Série A, No. 198, par. 30 at p. 13.

⁸⁴ Cf. *ibid.*, p. 14, par. 38 lido em conjunto com p. 14, par. 36. Atribuindo, *inter alia* “às partes as responsabilidades na condução final do julgamento”, os períodos relevantes neste caso não foram tão longos de forma a constituir violação do requisito de razoabilidade, vide *ibid.*, p. 15, par. 39.

3.5 O direito de defender-se pessoalmente ou por um advogado de sua própria escolha

O artigo 14(3)(d) do Pacto Internacional, o artigo 7(1)(c) da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas, o artigo 8(2)(d) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e artigo 6(3)(c) da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos garantem o direito de qualquer acusado por uma ofensa penal defender-se pessoalmente ou através de representação de sua própria escolha. Assim como os artigos 20(4)(d) e 21(4)(d) dos respectivos Estatutos do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia.

No seu Comentário Geral No. 13 ao artigo 14, O Comitê de Direitos Humanos enfatizou que

“o acusado ou seu advogado devem ter o direito de agir diligentemente e destemidamente para a obtenção de todas possíveis defesas e o direito de contestar a condução do caso se eles acreditarem que o mesmo está sendo injusto. Quando, excepcionalmente, por razões justificadas, julgamentos à revelia são realizados, a observação estrita dos direitos da defesa é ainda mais necessário”.⁸⁵

O direito à representação legal deve ser *efetivamente* possível, e, onde isso não acontecer, o Comitê de Direitos Humanos conclui que o artigo 14(3) foi violado.⁸⁶ Esse foi o caso onde uma pessoa não teve acesso à representação durante os primeiros dez meses de sua detenção e também não foi julgada em sua presença.⁸⁷ Onde a lei nacional não autoriza o autor a se defender pessoalmente, o Comitê também encontrou violação do artigo 14(3)(d), que permite ao acusado escolher quem ele ou ela deseja que o(a) defenda – sendo isso através de um intérprete – ou ter sua defesa conduzida por um advogado.⁸⁸

O direito de ter um advogado de sua escolha foi violado no caso *López Burgos* onde a vítima foi obrigada a aceitar uma indicação *ex officio* de um coronel como seu advogado.⁸⁹ Em contrapartida, o direito de escolha do artigo 14(3)(d) “não dá direito ao

⁸⁵ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 125, par. 11.

⁸⁶ Vide, entre outros muitos casos, Comunicado No. R.2/8, *B. Weismann Lanza e A. Lanza Perdomo v. Uruguai* (Visões adotadas em 3 de abril de 1980), in UN doc. *GAOR*, A/35/40, p. 118, par. 16; and Comunicado No. R.1/6, *M. A. Millán Sequeira v. Uruguai*, (Visões adotadas em 29 de julho de 1980), *ibid.*, p. 131, par. 16.

⁸⁷ Comunicado No. R.7/28, *I. Weinberger v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1980), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 119, par. 16.

⁸⁸ Comunicado No. 526/1993, *M. e B. Hill v. Espanha* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 18, par. 14.2.

⁸⁹ Comunicado No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de julho de 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 183, par. 13.

acusado de escolher o advogado dativo”, mas, apesar das restrições, “medidas devem ser tomadas para assegurar que o advogado, assim que designado, dê efetiva representação no interesse da justiça”, o que inclui “consultando e informando se o acusado tem a intenção de retirar uma apelação ou discutir, em instância superior, que a apelação não tem mérito”.⁹⁰ Ainda que o advogado deva recomendar que a apelação não deve prosseguir, ele deve continuar a representar o acusado se este assim o quiser. De outra forma, o acusado deve ter a oportunidade de manter o advogado às suas expensas.⁹¹ É ainda essencial, nos termos do artigo 14(3)(d), que as cortes nacionais “asseguem que a condução do caso pelo advogado não seja incompatível com os interesses da justiça”, e o Comitê poderá ele mesmo examinar quaisquer indícios que demonstrem que o advogado “não está usando seu melhor julgamento no interesse do seu cliente”.⁹²

A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que os artigos 8(2)(c), (d) e (e) foram violados no caso *Suárez Rosero*, onde a vítima ficou em prisão incomunicável por 36 dias, tempo durante o qual ficou impossibilitada de consultar um advogado. Após o término de sua prisão *incomunicável*, ele foi autorizado a receber a visita de um advogado, mas “não pôde comunicar-se com ele livremente e em particular”, sendo que as reuniões eram realizadas na presença de policiais.⁹³ O artigo 8(2)(d) também foi violado no caso *Castillo Petruzzi* onde “as vítimas não tiveram direito à assistência de um advogado no período compreendido entre a sua prisão e seus depoimentos” à polícia, momento em que lhes foram designados advogados dativos”. Quando eles finalmente tiveram direito “à assistência de um advogado de sua escolha, a atuação do mesmo foi periférica” e eles só tiveram acesso aos arquivos do caso um dia antes da sentença de primeira instância.⁹⁴

Em relação ao artigo 6(1) combinado com o artigo 6(3)(c) da Convenção Européia, a Corte Européia considerou de “suma importância que o réu compareça, devido ao seu direito a uma audiência e devido à necessidade de se verificar a veracidade de suas declarações e de compará-las com as da vítima – cujos interesses devem ser

⁹⁰ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.2.

⁹¹ *Ibid.*, loc. cit. See also Comunicado No. 461/1991, *G. Graham and A. Morrison v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1996), in UN doc. GAOR, A/51/40 (vol. II), pp. 48-49, par. 10.5.

⁹² Comunicado No. 708/1996, *N. Lewis v. Jamaica* (Visões adotadas em 17 de julho de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 251-252, par. 8.4.

⁹³ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Suárez Rosero case v. Ecuador, julgamento de November 1997*, in OEA doc. OEA/Ser.L/V/III.39, doc. 5, 1997 *Relatório Anual da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos*, p.301, par. 83 lido em conjunto com p. 292, par. 34.g e h.

⁹⁴ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, pp. 203-204, par. 146-149 lido em conjunto com p. 202, par. 141.

protegidos – e das testemunhas”.⁹⁵ No mesmo sentido, a “lei deve ... ser capaz de desencorajar ausências injustificadas”.⁹⁶ Sem decidir “se é permitido, em princípio, punir essas ausências ignorando o direito à assistência de um advogado”, a Corte decidiu no caso *Poitrinol* que houve violação ao artigo 6º, já que o autor foi privado do seu direito de recorrer à Corte de Apelações porque ele não ofereceu justificativa válida para sua ausência na audiência. Na visão da Corte Européia, a supressão do direito à assistência de um advogado foi “desproporcional nas circunstâncias”, onde o autor não foi autorizado nem mesmo a ser representado por seu advogado.⁹⁷ Em conclusão pode-se definir que, nos termos do artigo 6(3)(c) da Convenção Européia, um acusado que deliberadamente evite comparecer pessoalmente ainda tem direito a ser defendido por um advogado.⁹⁸

Ainda, no caso *Pelladoah*, a Corte enfatizou que “qualquer acusado por um crime tem o direito de ser defendido por um advogado”, mas que “para que este direito seja prático e efetivo, não meramente teórico, seu exercício deve ser feito com base no cumprimento de condições formais: os tribunais devem assegurar que o julgamento seja justo e, da mesma forma, o advogado que comparecer ao tribunal com a intenção de defender o acusado em sua ausência tenha a oportunidade de fazê-lo”.⁹⁹

⁹⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Poitrinol v. França*, julgamento de 23 de novembro de 1993, Série A, No. 277-A, p. 15, par. 35.

⁹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pelladoah v. Holanda*, julgamento de 22 de setembro de 1994, Série A, No. 297-B, par. 40 até p. 35 e Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso van Geyselhem v. Bélgica*, julgamento de 21 de janeiro de 1999, Relatórios 1999-I, pp. 140-141, par. 35-36.

⁹⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pelladoah v. Holanda*, julgamento de 22 de setembro de 1994, Série A, No. 297-B, p. 35, par. 41.

O caso Kamasinski

No caso *Kamasinski*, onde ao autor foi concedido um advogado dativo para representá-lo num caso de fraude e apropriação indébita, a Corte Europeia observou que “um Estado não pode ser considerado responsável por qualquer imprevisto da parte de um advogado indicado para fins de assistência judiciária”, e que “decorre da independência da profissão legal do Estado que a condução da defesa é essencialmente matéria entre o réu e seu advogado, seja ele dativo ou pago”. Na visão da Corte, “as autoridades nacionais competentes devem intervir, nos termos do artigo 6º § 3 (c), somente se houver falha na representação efetiva do advogado dativo que manifestamente chame a atenção das autoridades de alguma forma”.¹⁰⁰ Neste caso, a Corte examinou cuidadosamente as reclamações do autor em relação à assistência do seu advogado e concluiu que “não havia indicação ... de que no estágio anterior ao julgamento as autoridades da Áustria tinham motivo para interferir no que concerne à representação legal do autor” e que não poderia ser considerada prova pela Corte o fato de que as autoridades nacionais “desconsideraram a salvaguarda específica da assistência judiciária” nos termos do artigo 6(3)(c) “ou a salvaguarda geral do julgamento justo nos termos do parágrafo 1º”.¹⁰¹ Entretanto, durante o julgamento uma disputa ocorreu entre o autor e seu advogado que resultou no pedido do advogado de ser dispensado do caso, pedido que o tribunal recusou. Ainda que as autoridades judiciais austríacas tenham sido notificados de que, na opinião do Sr. Kamasinski, as condições para a defesa não eram ideais, a Corte Europeia concluiu que o artigo 6(1) e (3)(c) não foram violados.¹⁰²

3.5.1 O direito à assistência judiciária efetiva em casos de pena de morte

Como consistentemente defendido pelo Comitê de Direitos Humanos, é “axiomático que a representação por um advogado deve existir em casos de pena de morte”, e “não somente nos julgamentos de primeira instância, mas também nos procedimentos recursais”. Ainda, a “assistência judiciária ao acusado em casos de pena de morte deve ser fornecida de forma a assegurar adequada e efetivamente a justiça”.¹⁰³ De acordo com a jurisprudência do Comitê nos termos do artigo 14(3)(d):

¹⁰⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Kamasinski*, julgamento de 19 de dezembro de 1989, Série A, No. 168, pp. 32-33, par. 65.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 34, par. 69.

¹⁰² *Ibid.*, par. 70-71.

¹⁰³ Comunicado No. 232/1987, *D. Pinto v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40, p. 73, par.12.5.

“O tribunal deve assegurar que a condução do caso pelo advogado não seja incompatível com os interesses da justiça. Não compete ao Comitê julgar a atuação profissional do advogado, mas o Comitê considera, em casos de pena de morte em que o advogado do acusado declara que não há mérito para apelação, a Corte deve assegurar que este advogado consultou seu cliente e o informou apropriadamente. Em caso contrário, a Corte deve assegurar que o acusado seja informado e dar-lhe a oportunidade de ter outro advogado.”¹⁰⁴

No caso *Morrison*, o autor deveria conseqüentemente “ter sido informado que a assistência judiciária não iria levantar argumentos favoráveis à apelação, a fim de que ele pudesse considerar as opções restantes a ele”. Como isso não foi feito, o artigo 14(3)(d) foi violado.¹⁰⁵

O artigo 14(3)(d) foi violado no similar caso *Reid* onde o autor tinha um advogado dativo mas indicou que queria estar presente durante o julgamento da apelação. Essa possibilidade foi negada tendo em vista que ele tinha um advogado; entretanto, seu advogado subseqüentemente decidiu que não havia mérito na apelação do autor e não apresentou argumentos jurídicos em favor de sua concessão, deixando-o sem efetiva representação jurídica.¹⁰⁶ Na visão do Comitê, e considerando que “este caso envolvia pena de morte”, o Estado-parte “deveria ter indicado outro advogado para a defesa [do autor] ou deixado que o mesmo comparecesse pessoalmente no julgamento da apelação”.¹⁰⁷ No caso *McLeod*, o advogado havia consultado o autor previamente à apelação, mas, sem conhecimento deste, decidiu que não havia fundamento para a apelação. Não há indicação neste caso de que a Corte de Apelações tomou quaisquer medidas para assegurar o direito do autor de ser devidamente informado, e o Comitê concluiu que os direitos determinados nos artigos 14(3)(b) e 14(3)(d) foram violados.¹⁰⁸

O artigo 14(3)(d) foi também violado num caso de pena de morte onde o autor indicou que gostaria de estar presente no julgamento da apelação e que não queria representação de um advogado. Este pedido foi ignorado e a apelação foi conduzida na presença de um advogado, que embasou a apelação em argumentos que o autor não queria. O Comitê notou que o autor não foi informado com suficiente antecedência da data da audiência de sua apelação”, um atraso que prejudicou suas oportunidades de preparar a sua defesa e consultar o seu advogado dativo, cuja identidade ele não sabia até a data do julgamento”. Suas “oportunidades de preparar a apelação foram frustradas pelo

¹⁰⁴ Comunicado No. 663/1995, *M. Morrison v. Jamaica* (Visões adotadas em 3 de novembro de 1998), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 155, par. 8.6.

¹⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit. Para um caso semelhante, vide também Comunicado No. 572/1994, *H. Price v. Jamaica* (Visões adotadas em 6 de novembro de 1996), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 155-156, par. 9.2.

¹⁰⁶ Comunicado No. 250/1987, *C. Reid v. Jamaica* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 91, par. 11.4.

¹⁰⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁸ Comunicado No. 734/1997, *A. McLeod v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), pp. 216-217, par. 6.3. Vide também e.g. Comunicado No. 528/1993, *M. Steadman v. Jamaica* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 26-27, par. 10.3.

fato de que o pedido para desconsiderar a apelação foram tratados como a própria audiência, à qual ele não foi autorizado a estar presente”.¹⁰⁹

Falha do advogado de comparecer em juízo: O caso Robinson

A situação surgiu no caso *Robinson*, onde o julgamento foi adiado diversas vezes por problemas da acusação em localizar a sua testemunha principal. Quando a testemunha foi finalmente localizada e o julgamento começou, os advogados do autor não estavam presentes no tribunal, mas o julgamento procedeu e o autor teve que se defender pessoalmente. Ele foi condenado por assassinato e sentenciado à morte.¹¹⁰ O comitê baseou-se nos artigos 14(3)(d), de acordo com os quais todos devem ter assistência judiciária designada, se os interesses da justiça assim determinarem.¹¹¹ O Comitê reiterou que “é axiomático que a assistência judiciária seja disponibilizada em casos de pena de morte”, e que isso deve ocorrer “mesmo nos casos em que a ausência de um advogado particular seja atribuída ao autor em algum grau, e mesmo se a determinação da assistência judiciária possa adiar os procedimentos”; além disso, este “requisito não pode ser considerado desnecessário por esforços que possam de outra forma ser feitos pelo juiz do processo para auxiliar o autor em sua defesa na ausência de um advogado”.¹¹² Neste caso, a ausência de um advogado constituído constitui em julgamento injusto”.¹¹³

O caso Domukovsky e outros

No caso *Domukovsky e outros*, os quatro autores argüíram não terem tido uma audiência justa após terem sido removidos da sala de audiência e ficado ausentes dos procedimentos, que culminaram com uma sentença de morte imposta em dois casos; a eles também foi negada a escolha dos advogados. O Comitê considerou que o artigo 14(3)(d) foi violado em relação a cada autor, enfatizando que

“em um julgamento onde uma pena de morte pode ser aplicada, que era a situação de cada autor, o direito a defesa é ***inalienável e deve existir em todas as instâncias, sem exceção***. Isso inclui o direito de estar presente no julgamento, de ser defendido por um advogado de sua escolha e de não ser obrigado a aceitar um advogado dativo.”¹¹⁴

¹⁰⁹ Comunicado No. 338/1988, *L. Simmonds v. Jamaica* (Visões adotadas em 23 de outubro de 1992), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 82, par. 8.4. Vide também caso onde o advogado falhou em seguir as instruções do acusado: Comunicado No. 248/1987, *G. Campbell v. Jamaica* (Visões adotadas em 30 de março de 1992, in UN doc. GAOR, A/47/40, p. 247, par. 6.6.

¹¹⁰ Comunicado No. 223/1987, *F. Robinson v. Jamaica* (Visões adotadas em 30 de março de 1989), in UN doc. GAOR, A/44/40, pp. 244-245, par. 10.2.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 245, par. 10.3.

¹¹² *Ibid.*, loc. cit.

¹¹³ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁴ Comunicados Nos. 623, 624, 626, 627/1995, *V. P. Domukovsky e outros. v. Georgia* (Visões adotadas em 6 de abril de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 111, par. 18.9; grifo nosso.

Como o Estado-parte não mostrou, neste caso, ter tomado “todas as medidas razoáveis para assegurar a continuidade da presença dos autores no julgamento, apesar do alegado mau comportamento dos mesmos” e considerando que não foi assegurado “que cada autor pudesse ser a todo tempo defendido por um advogado de sua escolha”, o Comitê concluiu que o artigo 14(3)(d) foi violado.¹¹⁵

A Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas concluiu que Burundi violou o direito à defesa no artigo 7(1)(c) da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas em um caso onde o tribunal recusou-se a designar um advogado de defesa a um acusado que ao final foi sentenciado à morte. A Comissão “enfaticamente” lembrou que “o direito à assistência judiciária é elemento fundamental do direito a um julgamento justo” particularmente em casos onde “os interesses da justiça assim requeiram”. Dada a gravidade das alegações trazidas contra o acusado” no caso e “a gravidade da pena que lhe foi imputada”, era interesse da justiça que ele tivesse o benefício da assistência de um advogado em todos os estágios do caso”.¹¹⁶ O artigo 7(1)(c) da Carta Africana também foi violado em um caso de pena de morte na Nigéria onde o advogado de defesa dos sete acusados “foi constrangido e intimidado a ponto de ser forçado a retirar-se do caso. Mesmo com a retirada forçada do advogado, o tribunal prosseguiu com o julgamento da questão, sentenciando os acusados à morte”. Na visão da comissão, os acusados foram “privados do seu direito de defesa, incluindo o direito de serem defendidos por um advogado de sua escolha”, contrariamente ao artigo 7(1)(c) da Carta Africana.¹¹⁷

3.5.2 O direito à assistência judiciária gratuita

O artigo 14(3)(d) prevê que na determinação de uma acusação penal, todos têm o direito “a ter assistência judiciária, em qualquer caso em que os interesses da justiça assim requeiram, gratuitamente se o réu não tiver condições para pagar por ela”. O Artigo 6(3)(c) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos também determina que uma pessoa que não tenha “suficientes meios para pagar pela assistência judiciária deve recebê-la gratuitamente sempre que os interesses da justiça o requeiram”. O artigo 8(2)(e) da Convenção Americana refere-se às determinações da lei nacional a este respeito, enquanto a Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas é omissa no que diz respeito à assistência judiciária. Os artigos 20(4)(d) e 21(4)(d) dos respectivos Estatutos

¹¹⁵ Ibid., loc. cit.

¹¹⁶ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Avocats Sans Frontières (em nome de Gaëtan Bwampamye) v. Burundi*, Comunicado No. 231/99, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 30 do texto da decisão conforme publicado no seguinte website: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html>.

¹¹⁷ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Projeto de Direitos Constitucionais (em nome de Zamani Lekwot e outros seis) v. Nigéria*, Comunicado No. 87/93, decisão adotada durante a 16ª sessão de outubro de 1994, par. 29 do texto da decisão publicado no seguinte website: http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html.

dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia têm determinações similares ao artigo 14(3)(d) do Pacto Internacional.

Para a concessão da assistência judiciária gratuita, o artigo 14(3)(d) do Pacto Internacional e o artigo 6(3)(c) da Convenção Européia determinam duas condições: **primeiro**, a não disponibilidade de fundos suficientes para pagar um advogado e, **segundo**, que os interesses da justiça requeiram referida assistência. Conforme visto na seção anterior, os interesses da justiça requerem a concessão de assistência judiciária em casos de pena de morte onde o acusado deseja referida assistência e não pode pagar por ela. Outros casos menos dramáticos envolvendo os interesses da justiça podem obviamente requerer a concessão de assistência judiciária gratuita.

Em um caso referente à uma apelação constitucional, o Comitê de Direitos Humanos determinou que “onde um condenado que busca revisão constitucional de irregularidades em um processo penal e não tenha meios suficientes para arcar com os custos da assistência judiciária a fim de alcançar a sua tutela constitucional e onde os interesses da justiça assim requeiram, a assistência judiciária deve ser fornecida pelo Estado”; referida revisão necessitaria de uma audiência justa e consistência com o artigo 14(3)(d) do Pacto.¹¹⁸ Conseqüentemente, o artigo 14 foi violado em um caso onde “a ausência de assistência judiciária ... negou ao autor a oportunidade de testar as irregularidades de seu processo penal na Corte Constitucional em uma audiência justa”.¹¹⁹

A Corte Européia observou, com relação ao artigo 6(3)(c) da Convenção Européia, que “o direito do acusado de ser dada, em certas circunstâncias, assistência judiciária gratuita, constitui um dos aspectos da noção de julgamento justo em processos penais”.¹²⁰ Na determinação de quais interesses da justiça requerem a concessão de assistência judiciária gratuita, a Corte Européia considera diversos critérios, tais como a “**gravidade da ofensa**” cometida, “**a severidade da sentença**”, os riscos pessoais do acusado e “**a complexidade do caso**”.¹²¹ Onde a sentença máxima foi de três anos de prisão por um crime relativo a entorpecentes, a Corte concluiu que a assistência judiciária deveria ter sido paga pelo simples fato de que muito estava em jogo”.¹²² Considerando que a ofensa ocorreu quando o acusado estava em liberdade condicional, um fator adicional foi a “complexidade do caso”, tendo o tribunal nacional que “decider a

¹¹⁸ Comunicado No. 707/1996, *P. Taylor v. Jamaica* (Visões adotadas em 14 de julho de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 241, par. 8.2.

¹¹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹²⁰ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Quaranta v. Suíça, julgamento de 24 de maio de 1991, Série A, No. 205*, p. 16, par. 27.

¹²¹ *Ibid.*, p. 17, par. 32-34; grifo nosso.

¹²² *Ibid.*, par. 33.

possibilidade de reativação da sentença suspensa e decidir a nova sentença”.¹²³ Conseqüentemente, houve violação do artigo 6(3)(c) do Pacto.

A Corte Européia definiu, ainda, que os artigos 6(1) e (3)(c) da Convenção Européia

“... para serem aplicados em nos *tribunais de cassação e apelação* dependem de questões especiais dos processos envolvidos; deve ser levada em conta a totalidade do processo conduzido na ordem jurídica nacional e o papel do tribunal de cassação ou apelação”.¹²⁴

O caso *Granger*, onde a assistência judiciária foi recusada, tratava dos procedimentos de apelação em uma condenação por perjúrio onde o acusado foi sentenciado a cinco anos de prisão. Como notado pela Comissão Européia, “não havia dúvida da importância do que estava em questão na apelação”.¹²⁵ Após o exame dos procedimentos perante o tribunal de apelação, a Corte Européia também considerou que o autor “não estava em posição de compreender totalmente os discursos pré-elaborados submetidos à” Alta Corte de Justiça, ou “de se opor aos argumentos submetidos ao tribunal”, e que também “estava claro que, se houvesse oportunidade, ele não poderia responder apropriadamente a estes argumentos ou perguntas do juiz”.¹²⁶ Como resultado, um dos fundamentos da apelação “fez surgir uma questão de complexidade e importância” que era de fato tão difícil que a Alta Corte teve que adiar a audiência “e solicitar uma transcrição da prova dada no julgamento do autor, para que a matéria pudesse ser examinada mais a fundo”.¹²⁷

Em vista desta situação, a Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que “alguns meios deveriam ter sido disponibilizados para que as autoridades, incluindo a Alta Corte de Justiça no exercício de sua responsabilidade de assegurar a justa condução dos processos de apelação, reconsiderassem a recusa à assistência judiciária”. Na visão da Corte, “seria no interesse da justiça a concessão de assistência judiciária gratuita ao autor” ao menos no estágio seguinte ao adiamento dos procedimentos, uma vez que isto “em primeiro lugar serviria aos interesses da justiça, possibilitando que o autor fizesse contribuições efetivas ao processo”, e, em segundo lugar, permitiria que a Corte tivesse “o benefício de ouvir ... o argumento legal de um especialista de ambos os lados em uma questão complexa”.¹²⁸ A Corte concluiu, conseqüentemente, que houve violação do artigo 6(3)(c) combinado com o artigo 6(1) do Pacto.

¹²³ Ibid., par. 34.

¹²⁴ Corte Européia de Direitos Humanos, Caso *Granger v. Reino Unido*, julgamento de 28 de março de 1991, Série A, No. 174, p. 17, par. 44; grifo nosso.

¹²⁵ Ibid., p. 18, par. 47.

¹²⁶ Ibid., loc. cit.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid., par. 47 at p. 19

The Pakelli case

No caso *Pakelli*, o artigo 6(3)(c) foi violado uma vez que o autor recusou a assistência judiciária para sua representação no Tribunal Federal que realizaria uma audiência no caso, medida que o tribunal toma somente em casos excepcionais. Na visão da Corte Européia a presença do autor não poderia compensar a ausência do advogado para examinar as questões jurídicas que surgissem, entre outras, relativas à aplicação de uma nova versão do Código de Processo Penal. Conseqüentemente, o autor foi privado da “oportunidade de influenciar o resultado do caso”.¹²⁹

Vale notar que, na visão da Corte Européia, “a existência de violação é concebível mesmo na ausência de prejuízo”, e que requerer prova de que a ausência de assistência efetiva prejudicou o autor na interpretação do artigo 6(3)(c) “seria desvirtuar enormemente a sua substância”.¹³⁰

Finalmente, é importante notar que a assistência judiciária disponível deve ser “efetiva”, e conseqüentemente não é suficiente para cumprir com o artigo 6(3)(c) que um advogado seja simplesmente designado.¹³¹

3.5.3 O direito à comunicação privilegiada com seu advogado

O direito de comunicação privilegiada com seu advogado é tratado na seção 6.4 do Capítulo 6º relativo ao “Direito à Assistência Legal”. Este direito evidentemente é aplicável nos estágios do julgamento e apelação, durante os quais ao acusado deve ser assegurado tempo e meios adequados para que consulte seu advogado de maneira confidencial.

¹²⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pakelli v. República Federativa da Alemanha*, julgamento de 25 de abril de 1983, Série A, No. 64, p. 18, par. 39.

¹³⁰ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Artico v. Itália*, julgamento de 13 de maio de 1980, Série A, No. 37, par. 35 at p. 18.

¹³¹ *Ibid.*, par. 33 at p. 16.

Todos têm o direito de se defender pessoalmente ou de indicar um advogado de sua escolha a fim de assegurar uma defesa eficiente.

O direito à assistência judiciária deve ser disponibilizado efetivamente, particularmente em casos de pena de morte. Os tribunais nacionais têm o dever de assegurar que o acusado tenha defesa efetiva.

*Prisão **incomunicável** viola o direito de acesso efetivo a um advogado.*

Na falta de meios suficientes para pagar um advogado, e se os interesses assim requeiram, o acusado por uma ofensa penal tem direito à assistência judiciária gratuita. Os interesses da justiça são relativos a aspectos tais como a severidade dos crimes, a potencial pena que pode ser aplicada e a complexidade do caso.

O acusado deve ter tempo e meios adequados para comunicar-se com seu advogado. Suas comunicações são privilegiadas e devem ser confidenciais.

3.6 O direito de estar presente ao julgamento

O artigo 14(3)(d) do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, e os artigos 20(4)(d) e 21(4)(d) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia determinam que todos têm o direito de “estarem presentes em seus julgamentos”. Onde um Estado-parte falhou em caracterizar a sua negação de violação do referido direito, por exemplo, por meio do envio de uma cópia da transcrição do julgamento, o Comitê concluiu que o direito foi violado.¹³²

Enquanto o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos não menciona expressamente o direito das pessoas de participarem de seus próprios julgamentos, a Corte Européia de Direitos Humanos sustenta que a existência deste direito “é demonstrada pelo ‘objeto e finalidade do artigo considerado como um todo’”.¹³³ Onde não houve evidência de que o autor teve a intenção de renunciar ao seu

¹³² Comunicado No. 289/1988, *D. Wolf v. Panamá* (Visões adotadas em 26 de março de 1992), in UN doc. GAOR, A/47/40, p. 289, par. 6.5.

¹³³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Brozicek v. Itália*, julgamento de 19 de dezembro de 1989, Série A, No. 167, p. 19, par. 45.

direito de participar de seu julgamento e onde, entre outros, o Presidente do Tribunal Regional de Savona não procurou notificar o acusado pessoalmente para que comparecesse ao tribunal e desta forma foi julgado à revelia, a Corte considerou que não houve um julgamento justo nos termos do artigo 6(1) da Convenção.¹³⁴

3.6.1 Julgamentos à revelia

Embora os órgãos de supervisão internacional não tenham ainda desenvolvido uma teoria sobre os julgamentos à revelia, aparentemente referidos julgamentos podem ser admitidos em circunstâncias especiais. Isto é claro ao menos no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, pelo Comentário Geral do Comitê No. 13 ao artigo 14, que determina que “excepcionalmente, quando por motivo justificado, julgamentos à revelia são realizados, observância estrita aos direitos da defesa é mais que necessária”.¹³⁵ Conseqüentemente, quando referidos julgamentos não constituem por si uma violação ao artigo 14 do Pacto, com os requisitos básicos de um julgamento justo mantidos; um julgamento à revelia somente é compatível com o artigo 14 quando o acusado foi citado “a tempo e informado do processo contra ele” e o Estado-parte deve demonstrar que os princípios do julgamento justo foram respeitados.¹³⁶ Onde o Estado-parte simplesmente “assumiu” que o autor foi citado a tempo, o Comitê considerou que isto “é claramente insuficiente para desconsiderar o ônus do Estado-parte para justificar-se o julgamento de um acusado à revelia”; era “incumbência do tribunal que julgou o caso verificar se o autor foi informado do caso pendente antes de se iniciar o julgamento” em sua ausência, mas na falta de provas de que a corte assim o fez, o Comitê concluiu que “o direito do autor de ser julgado pessoalmente foi violado”.¹³⁷

Como nota-se acima, a Corte Européia de Direitos Humanos enfatizou que o “objeto e finalidade” do artigo 6º da Convenção Européia “entendido como um todo mostra que a pessoa ‘acusada de um crime’ tem direito a participar da audiência”.¹³⁸ No caso *Colozza e Rubinat*, as autoridades italianas conduziram um julgamento irregular uma vez que foram incapazes de localizar o autor que mudou-se sem deixar o endereço. Ele foi classificado como um *latinante*, por exemplo, uma pessoa que de má-fé escusa-se de uma ordem expedida por um tribunal. Um advogado indicado pelo tribunal não compareceu ao julgamento, o qual não foi adiado, sendo que o mesmo aconteceu com o segundo advogado indicado pelo tribunal. O julgamento foi concluído após a indicação, pelo tribunal, de outro advogado de defesa. O autor foi condenado a uma pena de prisão

¹³⁴ Ibid., p. 19, par. 45-46.

¹³⁵ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 125, par. 11.

¹³⁶ Comunicado No. 699/1996, *A. Maleki v. Itália* (Visões adotadas em 15 de julho de 1999), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 183, par. 9.2-9.3.

¹³⁷ Ibid., pp. 183-184, par. 9.4.

¹³⁸ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Colozza v. Itália, julgamento de 12 de fevereiro de 1985, Série A, No. 89, p. 14, par. 27.*

de seis anos. Alguns meses depois foi preso em Roma. Ele protocolou uma “apelação tardia” que foi desconsiderada. A Corte Européia concordou com o Governo que

“a impossibilidade de se realizar um julgamento devido a uma falha pode paralisar a condução dos processos penais, e que podem levar, por exemplo, à dispersão de provas, à expiração do prazo dos procedimentos penais ou má condução da justiça. Entretanto, nas circunstâncias do caso, este fato não parece à Corte que tenha natureza de justificar a completa e irreparável perda do direito de participar da audiência. Quando a lei nacional permite que o julgamento seja realizado não obstante a ausência da pessoa acusada de ofensa penal, que está em posição semelhante à do Sr. Colozza, esta pessoa deve estar ciente dos procedimentos, de forma a estar apta a obter, do tribunal que o ouvir, a determinação do mérito da causa.”¹³⁹

A Corte relevantemente completou afirmando que “os recursos disponíveis na lei nacional devem demonstrar-se efetivos e a pessoa acusada de uma ofensa penal que esteja em situação semelhante à do Sr. Colozza não pode ser deixada com o ônus de provar que não estava tentando se esvair da justiça ou que a sua ausência foi causada por força maior”.¹⁴⁰

Um acusado tem o direito de estar presente no julgamento. Julgamentos à revelia podem ser aceitos em circunstâncias especiais, mas devem preservar os direitos de defesa efetiva. Considerando um acusado que não tenha intencionalmente evitado a justiça e que esteja ciente dos procedimentos, ele tem direito a uma nova determinação do mérito da causa.

3.7 O direito de não testemunhar contra si mesmo ou de confessar-se culpado

A proibição da auto-incriminação é tratada na subseção 6.5 do Capítulo 6º tendo em vista a importância específica durante a investigação criminal. Entretanto, o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo permanece igualmente válido durante os procedimentos judiciais. Vale lembrar que o artigo 14(3)(g) do Pacto Internacional dispõe que “na determinação de qualquer acusação penal”, toda pessoa tem o direito de “não ser obrigada a testemunhar contra si mesma ou confessar-se culpada”. De acordo com o artigo 8(2)(g) da Convenção Americana, todos têm “o direito de não ser testemunha contra si mesmo nem de pleitear-se culpado”, e o artigo 8(3) ainda especifica que “a

¹³⁹ Ibid., p. 15, par. 29.

¹⁴⁰ Ibid., par. 30 at p. 16.

confissão de culpa do acusado somente será válida se realizada sem coerção de qualquer tipo”. Enquanto a Carta Africana e a Convenção Européia contêm dispositivos similares, o artigo 55(1)(a) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e os artigos 20(4)(g) e 21(4)(g) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia contêm proteção contra a auto-incriminação.

No Comentário geral nº 13 ao Artigo 14 do Pacto Internacional, o Comitê de Direitos Humanos determinou que, considerando que a salvaguarda contida no subparágrafo (3)(g), artigos 7º e 10(1) do Pacto “deve ser tida em mente”,¹⁴¹ artigos estes tornando ilícitas a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, e determinando que “todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser tratadas com humanidade e respeito com a inerente dignidade da pessoa humana”. Como enfatizado pelo Comitê, “a fim de compelir o acusado a confessar ou testemunhar contra si mesmo, freqüentemente métodos que infringem estas disposições são utilizados. A lei deve, entretanto, “requerer que a prova que seja conseguida por tais meios ou métodos ou qualquer outra forma de compulsão que seja totalmente inaceitável”.¹⁴² Além disso, “juízes devem ter autoridade para considerar as alegações de violação aos direitos do acusado durante qualquer estágio da acusação”.¹⁴³ Vale ressaltar a este respeito que a Diretriz 16 das Diretrizes sobre o Papel da Acusação também determina que a acusação deve rejeitar provas que tenham sido obtidas com recurso a métodos ilegais.¹⁴⁴

O Comitê reconheceu ainda que a garantia de que “ninguém será obrigado a testemunhar contra si mesmo ou confessar-se culpado deve ser entendida nos termos da *ausência que qualquer pressão direta ou indireta, física ou psicológica, sobre o acusado por parte das autoridades investigativas tendo em vista a obtenção de uma confissão de culpa*”.¹⁴⁵ O Comitê encontrou violações ao artigo 14(3)(g) em casos onde os acusados foram obrigado a assinar declarações incriminando-os,¹⁴⁶ ou onde tentativas foram feitas – incluindo através do recurso de tortura – de os obrigarem a afazê-lo.¹⁴⁷

Entretanto, onde várias questões relacionadas à alegada auto-incriminação sob tortura não foram trazidas à atenção do juiz do tribunal seja pelo autor, seja pelo

¹⁴¹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 125, par. 14.

¹⁴² *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴³ *Ibid.*, par. 15.

¹⁴⁴ Vide princípio 16 listado *in extenso* no Capítulo 6º above, subseção 6.2.

¹⁴⁵ Comunicado No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Visões adotadas em 7 de abril de 1994), in UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 28, par. 11.7; grifo nosso.

¹⁴⁶ Comunicado No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de julho de 1981), in UN doc. GAOR, A/36/40, p. 183, par. 13; e Comunicado No. R.18/73, *M. A. Teti Izquierdo v. Uruguai* (Visões adotadas em 1º de abril de 1982), in UN doc. GAOR, p. 186, par. 9.

¹⁴⁷ Comunicado No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de julho de 1981), in UN doc. GAOR, A/36/40, p. 183, par. 13; e Comunicado No. R.18/73, *M. A. Teti Izquierdo v. Uruguai* (Visões adotadas em 1º de abril de 1982), in UN doc. GAOR, p. 186, par. 9.

advogado, o Comitê concluiu que o Estado-parte não poderia ser considerado responsável nos termos do artigo 14(1) [sic] pelo resultado alegadamente negativo desta falha.¹⁴⁸

Em relação ao artigo 8(3) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o Tribunal Americano de Direitos Humanos não encontrou, no caso *Castillo Petruzzi e outros* prova de que este artigo foi violado. Ainda que seja claro que os acusados “foram forçados a dizer a verdade” durante o testemunho preliminar perante o Juiz do Tribunal Especial Militar de Interrogatório, nada nos autos sugeria “que qualquer castigo ou outra consequência legal adversa foi ameaçada caso eles não dissessem a verdade”; e não havia “qualquer evidência que sugerisse que os acusados tiveram que testemunhar sob juramento ou o ônus de dizer a verdade, qualquer dos quais teria violado o seu direito de escolher testemunhar ou não”.¹⁴⁹

3.7.1 Proibição do uso de prova obtida por meios/tratamentos ilegais

No Capítulo 6º fizemos referência à Diretriz 16 das Diretrizes sobre o Papel da Acusação, segundo a qual a acusação deve recusar provas que “sabe ou acredita em bases razoáveis” terem sido obtidas “por métodos ilegais, que constituem grave violação dos direitos humanos do suspeito”, particularmente quando referidos métodos envolvem recurso à tortura e outros abusos de direitos humanos.

Outra previsão internacional pertinente em relação a esta questão está no artigo 15 da Convenção contra a Tortura e Outras Práticas, Tratamentos ou e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e no artigo 10º da Convenção Americana de Prevenção e Punição da Tortura. A primeira determina que “cada Estado-membro deve assegurar que qualquer declaração que for feita como resultado de tortura não será considerada como prova em quaisquer processos, exceto contra a pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi feita”. Com previsão similar, a última declara inadmissível “como prova em processo” prova obtida através de tortura.

O Artigo 69(7) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional determinou em termos menos categóricos que “provas obtidas por meio de violação a este Estatuto ou direitos humanos internacionalmente reconhecidos não serão admitidas se:

- (a) A violação resulte em relevante dúvida sobre a confiabilidade da prova; ou
- (b) A admissão da prova seria oposta ao, e poderia seriamente prejudicar a integridade do processo.”

¹⁴⁸ Comunicado No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Visões adotadas em 7 de abril de 1994), in UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 27, par. 11.3.

¹⁴⁹ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru*, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52, p. 210, par. 167-168.

Ainda não é possível saber como esta determinação será interpretada pelo Tribunal Penal Internacional, mas aparentemente ela permite a consideração de uma prova obtida ilegalmente, desde que não haja dúvida da confiabilidade de referida prova e que a sua admissão não seja oposta à integridade do processo. Em vista de outras determinações claras, entre elas o artigo 15 da Convenção contra a Tortura, é possível, entretanto, presumir que provas obtidas por tortura são um exemplo de provas não confiáveis por excelência, e cujo uso seria, de fato, oposto à integridade do processo.

Finalmente, é importante ressaltar que neste contexto o Comitê de Direitos Humanos declarou que “é importante para desencorajar as violações do artigo 7º [do Pacto Internacional] **que a lei proíba a admissibilidade em processos judiciais de declarações ou confissões obtidas através de tortura ou outro tratamento proibido**”.¹⁵⁰

O direito do acusado de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo permanece válido durante os procedimentos do julgamento. Significa que não devem existir pressões físicas ou psicológicas, diretas ou indiretas, das autoridades investigativas para a obtenção de uma confissão. Um acusado que se confessar culpado após pressão indevida deverá trazer a questão às autoridades competentes, incluindo o(s) juiz(es) do tribunal, sendo que se isso não for feito corre-se o risco de não se ter esta compulsão indevida considerada na determinação da acusação penal.

Juízes e promotores devem estar atentos a qualquer sinal de compulsão ilegal relativa a confissões e não estão autorizados a invocar referidas confissões contra o acusado.

O uso de provas e confissões obtidas por meio de tortura é ilegal e deve ser expressamente proibido pela lei nacional.

3.8 O direito de chamar, examinar ou fazer com que sejam examinadas as testemunhas

O artigo 14(3)(e) do Pacto Internacional dispõe que, na determinação de qualquer acusação penal, todos têm o direito de “examinar, ou de fazer com que sejam examinadas, as testemunhas de acusação e de apresentar e examinar as testemunhas de defesa nas mesmas condições que as de acusação”. O artigo 6(3)(d) da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos contém disposição com a mesma redação e o artigo

¹⁵⁰ Vide Comentário Geral No. 20, in *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 141, par. 12; grifo nosso.

8(2)(f) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos contém que “o direito da defesa de examinar as testemunhas presentes no tribunal e de apresentar como testemunhas, especialistas ou outras pessoas que possam aclarar os fatos”. O artigo 20(4)(e) e o artigo 21(4)(e) dos respectivos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia também trazem redação similar ao Pacto Internacional a este respeito.

De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, o artigo 14(3)(e) “não determina um direito ilimitado de apresentar testemunhas requeridas pelo acusado ou por seu advogado”, e não há evidência de que a recusa do tribunal de chamar determinadas testemunhas não viola o princípio da igualdade de armas – por exemplo, se a prova não é parte do caso em consideração – não há violação ao artigo 14(3)(e).¹⁵¹

Em relação à questão de se o Estado-parte pode ser considerado responsável pela falha do advogado de defesa de chamar testemunhas, o Comitê decidiu que “não poderá ser considerado responsável pelas falhas [do advogado] *salvo se restar manifesto ao juiz que o comportamento do advogado era contrário aos interesses da justiça*”.¹⁵²

Em um caso onde era “incontestável que nenhum esforço foi feito para que três testemunhas álibi potenciais testemunhassem a favor do acusado no julgamento”, o Comitê considerou que “não era aparente nos autos e na transcrição que a decisão do advogado de não chamar as testemunhas não foi feita no exercício de seu julgamento profissional”. Nessas circunstâncias, a falha no exame das testemunhas de defesa não pode ser atribuída ao Estado-parte e não houve violação ao artigo 14(3)(e).¹⁵³

Em linhas gerais, pode-se afirmar que (1) não havendo indicação de que o autor ou seu advogado tenham reclamado ao juiz do tribunal que o tempo ou as facilidades para a instrumentação da defesa foram inadequadas, e (2) não havendo evidência de que “a decisão do advogado de não chamar testemunhas não foi feita no exercício de seu julgamento profissional, ou que, se um pedido de chamamento de testemunhas foi feito, o juiz o negou”, o Comitê é relutante em concluir que os artigos 14(3)(b) ou (e) foram violados.¹⁵⁴

¹⁵¹ Comunicado No. 237/1987, *D. Gordon v. Jamaica* (Visões adotadas em 5 de novembro de 1992), in doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 10, par. 6.3.

¹⁵² Comunicado No. 610/1995, *Henry v. Jamaica* (Visões adotadas em 20 de outubro de 1998), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 50, par. 7.4; grifo nosso.

¹⁵³ Comunicado No. 615/1995, *B. Young v. Jamaica* (Visões adotadas em 4 de novembro de 1997), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), pp. 74-75, par. 5.5.

¹⁵⁴ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), pp. 88-89, par. 8.1.

O caso Reid

No caso *Reid*, o Estado-parte “não negou a reclamação do autor de que o tribunal falhou em conceder ao advogado um mínimo de tempo para preparar o exame da testemunha” e o Comitê portanto encontrou violação ao artigo 14(3)(e). O autor alegou que a assistência do advogado só lhe foi designada no dia da abertura do julgamento e que o juiz do tribunal negou o adiamento que permitiria que o advogado discutisse o caso com seu cliente; de acordo com o autor, o advogado estava “totalmente despreparado” e que tinha lhe dito “não saber que questões fazer às testemunhas”.¹⁵⁵

O artigo 14(3)(e) e (5) do Pacto também foi violado em um caso onde o tribunal nacional recusou-se a “requerer o testemunho de um especialista de crucial importância para o caso”.¹⁵⁶

Invocando o precedente da Corte Européia de Direitos Humanos, a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos definiu que “uma das prerrogativas do acusado deve ser a oportunidade de examinar ou fazer com que sejam examinadas as testemunhas da defesa, nas mesmas condições das testemunhas da acusação”.¹⁵⁷ Além disso, no caso *Castillo Petruzzi e outros*, o artigo 8(2)(f) da Convenção Americana foi violado uma vez que a lei aplicada no processo “não permite o re-exame das testemunhas cujo testemunho seja a base da acusação contra as alegadas vítimas. O problema criado pela não permissão do re-exame de agentes policiais e militares foi composto ... pelo fato de que os suspeitos não puderam consultar seus advogados até que dessem seus depoimentos à polícia”, situação que “deixou os advogados de defesa sem meios de refutar a prova colhida e contida no relatório da investigação policial”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Comunicado No. 250/1987, *C. Reid v. Jamaica* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 91, par. 11.3 lido em conjunto com p. 87, par. 4.

¹⁵⁶ Comunicado No. 480/1991, *J. L. García Fuenzalida v. Equador* (Visões adotadas em 12 de julho de 1996), in UN doc. GAOR, A/51/40 (vol. II), p. 55, par. 9.5.

¹⁵⁷ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, p. 205, par. 154; para precedente europeu vide *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Barberà, Messegue e Jabardo, julgamento de 6 de dezembro de 1998, Série A, No. 146* e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Bönisch, julgamento de 6 de maio de 1985, Série 92*.

¹⁵⁸ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, p. 205, par. 153 e 156.

Em relação ao artigo 6(3)(d) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Corte Europeia decidiu no caso *Delta* que

“Em princípio, a prova deve ser produzida na presença do acusado em audiência pública em vista do contraditório. Isso não significa, todavia, que a fim de serem usados como prova, os depoimentos das testemunhas devem ser feitos sempre em audiência pública: o uso como prova de depoimentos obtidos em estágios pré-julgamento não é por si só inconsistente com os parágrafos 3(d) e 1 do artigo 6º, desde que os direitos da defesa sejam respeitados. Via de regra, estes direitos requerem que ao acusado deve ser dada a oportunidade adequada de confrontar e questionar a testemunha de acusação, seja no momento em que a testemunha deu o seu depoimento, seja em um estágio posterior do processo...”¹⁵⁹

Conseqüentemente, no caso *Delta*, onde o autor foi condenado com base no depoimento de uma testemunha dado em estágio de investigação policial, e cuja credibilidade nem o autor nem seu advogado puderam contestar, a Corte Europeia encontrou violação ao julgamento justo tratado nos artigos 6(1) e (3)(d) da Convenção.¹⁶⁰

O caso *Unterpertinger*

No caso *Unterpertinger*, o autor foi condenado por lesões corporais à sua ex-mulher e enteada em dois indiciamentos distintos. Ambas as vítimas recusaram-se a produzir provas no tribunal, apesar de seus depoimentos terem sido lidos durante o julgamento. A Corte Europeia observou que, apesar do fato de as leituras serem inconsistentes com os artigos 6(1) e (3)(d) da Convenção, “o uso delas como prova deve cumprir com os direitos da defesa, que é objeto e fim do artigo 6º proteger”. Neste caso em especial o autor “não teve a oportunidade em nenhum momento nos procedimentos anteriores de questionar as pessoas cujos depoimentos foram lidos no julgamento”.¹⁶¹ Como o autor não teve a oportunidade de questionar sua ex-mulher e enteada ou fazer com que fossem questionadas a fim de desafiar a credibilidade de seus depoimentos, e dado que a Corte de Apelações considerou os depoimentos “como prova da verdade das acusações feitas pela mulher”, o autor não teve um julgamento justo e houve violação dos artigos 6(1) e 3(d) da Convenção.¹⁶²

¹⁵⁹ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Delta v. França*, julgamento de 19 de dezembro de 1990, Série A, No. 191-A, p. 16, par. 36.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 37.

¹⁶¹ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Unterpertinger v. Áustria*, julgamento de 24 de novembro de 1986, Série A, No. 110, pp. 14-15, par. 31.

¹⁶² *Ibid.*, p. 15, par. 32-33.

Entretanto, em casos onde a leitura dos depoimentos das testemunhas não constitui a única prova que baseia a decisão do tribunal nacional, a Corte entende que o autor não foi privado do direito a um julgamento justo determinado nos artigos 6(1) e (3)(d) conjuntamente.¹⁶³

Vale ressaltar que, de acordo com a jurisprudência da Corte Européia, o termo “testemunha” no artigo 6(3)(d) deve ter “uma interpretação autônoma”, podendo também incluir, por exemplo, declarações dadas por policiais ou por indivíduos que não tenham dado “prova direta” em juízo.¹⁶⁴

O acusado tem o direito de examinar ou fazer com que sejam examinadas testemunhas da acusação nas mesmas condições que a acusação. Conseqüentemente, a fim de garantir um julgamento justo os tribunais nacionais devem dar a possibilidade de questionamento contraditório a estas testemunhas.

O direito de chamar testemunhas não significa que um número ilimitado de testemunhas pode ser chamado. As testemunhas chamadas devem ser relevantes para o caso. Os tribunais nacionais devem dar ao acusado e ao seu advogado tempo adequado para preparar o questionamento das testemunhas.

O juiz nacional deve estar atento para deficiências manifestas na conduta profissional de defesa do advogado e, quando necessário, intervir a fim de garantir um julgamento justo, incluindo igualdade de armas.

3.8.1 Testemunha anônima

As testemunhas anônimas não são reguladas nos tratados de direitos humanos considerados neste Manual, mas a Regra 69 das Regras de Procedimentos e Provas dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia tratam da “Proteção das Vítimas e Testemunhas”. No caso do Tribunal de Ruanda, a Regra 69 diz:

“(A) Em circunstâncias excepcionais, qualquer das partes pode apresentar ao tribunal um pedido de não revelação da identidade da vítima ou de testemunha que pode estar em perigo ou risco, até que o tribunal decida de forma diversa.

¹⁶³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Asch v. Áustria*, julgamento de 26 de abril de 1991, Série A, No. 203, p. 11, par. 30-31.

¹⁶⁴ Vide e.g. Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Windisch Case v. Áustria*, julgamento de 27 de setembro de 1990, Série A, No. 186, pp. 9-10, par. 23.

(B) Na determinação das medidas de proteção das vítimas e testemunhas, o Tribunal poderá consultar a Unidade de Suporte às Vítimas e Testemunhas.

(C) Nos termos da Regra 75, a identidade das vítimas e testemunhas será revelada em tempo suficiente antes do julgamento para que a defesa e a acusação tenham tempo hábil para se prepararem.”

A Regra 69 das Regras de Procedimentos e Provas do Tribunal Penal da antiga Iugoslávia tem redação ligeiramente diferente:

“(A) Em circunstâncias excepcionais, a acusação pode apresentar ao tribunal um pedido de não revelação da identidade da vítima ou de testemunha que pode estar em perigo ou risco, até que tal pessoa seja trazida à proteção do Tribunal.

(B) Na determinação das medidas de proteção das vítimas e testemunhas, o Tribunal poderá consultar a Seção de Vítimas e Testemunhas.

(C) Nos termos da Regra 75, a identidade das vítimas e testemunhas será revelada em tempo suficiente antes do julgamento para permitir tempo hábil de preparação da defesa.”

A Regra 75(A) das regras de Procedimentos para o Tribunal da antiga Iugoslávia tratam de “Medidas para a Proteção de Vítimas e Testemunhas”, e permitem que o Juiz ou o Tribunal de ofício, ou a requerimento das partes, ou a requerimento das vítimas e testemunhas envolvidas, ou a pedido da Seção de Vítimas e Testemunhas tomem medidas apropriadas para a *privacidade e proteção* das vítimas e testemunhas, *desde que as medidas sejam consistentes com os direitos do acusado*” (grifo nosso). A Regra 75(A) do Tribunal de Ruanda é quase idêntica, mas refere-se à “*privacidade e segurança*” das vítimas e testemunhas (grifo nosso). O parágrafo (B) da Regra 75 em cada caso trata das medidas que o Tribunal pode adotar nas câmaras para proteger o direito à privacidade e proteção/segurança das vítimas e testemunhas. Tais medidas incluem:

- a ocultação nos nomes e informações de identificação dos registros públicos da Câmara/Tribunal;
- a não revelação ao público de quaisquer documentos identificando a vítima;
- testemunhos através de mecanismos de alteração de imagem e voz ou circuitos fechados de televisão;
- determinação de pseudônimos;
- sessões fechadas; e

- medidas apropriadas para facilitar o testemunho de vítimas e testemunhas vulneráveis, como circuitos fechados de televisão.

Como pode ser visto nas Regras de procedimentos destes dois Tribunais, a diretriz para as medidas de proteção das vítimas e testemunhas deve ser “consistente com os direitos do acusado”, e ao final, não prevêem anonimato permanente para as partes em relação às vítimas e testemunhas, com suas identidades reveladas em tempo suficiente antes do julgamento para a preparação para o mesmo. A solução adotada pelos Tribunais Penais Internacionais é uma solução interessante para os problemas de segurança, e ao mesmo tempo asseguram o direito a uma defesa efetiva.

O recurso às testemunhas anônimas ocorreu no caso *Kostovski* examinado nos termos dos artigos 6(1) e (3)(d) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, onde tais duas testemunhas foram ouvidas pela polícia e, em um caso, também pelo magistrado, mas não foram ouvidas no julgamento do autor. Não apenas as testemunhas “não foram ouvidas no tribunal como suas declarações foram tomadas... na ausência do Sr. Kostovski e seu advogado” e, portanto, “em nenhum momento puderam ser questionadas por ele ou em sua defesa”.¹⁶⁵ A defesa teve, entre outras, a possibilidade de submeter questões escritas “indiretamente por meio do magistrado”, mas “a natureza e o escopo das questões colocadas ... foram consideravelmente restringidas pela decisão de que a identidade dos autores dos depoimentos deveria ser preservada”.¹⁶⁶ Este fato “agravou as dificuldades do autor”, porque, “se a defesa não pode identificar a pessoa que deve inquirir, ela pode ser privada de particularidades que podem demonstrar que ele ou ela foram prejudicados, hostis ou não confiáveis”. Na visão da Corte Européia, “os perigos inerentes a esta situação são óbvios”.¹⁶⁷

Outro aspecto é o de que “cada tribunal estava precluso pela ausência de referidas pessoas anônimas pela observância de seu comportamento quando questionadas e por formar sua própria opinião de sua confiabilidade”.¹⁶⁸ O autor, que tinha uma longa ficha criminal, foi condenado por roubo a banco, e o Governo defendeu o uso de testemunhas anônimas citando a necessidade de se balancear os interesses da sociedade, do acusado e das vítimas, em vista do aumento da frequência de intimidação das testemunhas na Holanda. Neste caso particular, os autores dos depoimentos nos quais a condenação do autor foi baseada “tinham bons motivos para temer represálias”.¹⁶⁹

Apesar de a Corte ter admitido que a linha de argumento do Governo “tinha força”, ela não era “decisiva”, e fez a seguinte declaração, que merece ser transcrita:

¹⁶⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Kostovski v. Holanda*, julgamento de 20 de novembro de 1989, Série A, No 166, p. 20, par. 42.

¹⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 43.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 21, par. 44.

“Apesar de o crescimento do crime organizado demandar a introdução de medidas apropriadas, a submissão do Governo pareceu insuficiente no Tribunal naquilo que o advogado do autor definiu como “o interesse de todos em uma sociedade civilizada em um processo judicial justo e controlável. O direito a uma justa administração da justiça tem lugar tão proeminente em uma sociedade democrática ... que não pode ser sacrificada em nome da expediência. A Convenção não dá confiabilidade, em estágios de investigação de processos penais, em fontes como informantes anônimos. Entretanto, o uso subsequente de depoimentos anônimos como prova suficiente para embasar uma condenação, como no presente caso, é uma questão distinta. Envolve limitações ao direito de defesa que são inconciliáveis com as garantias contidas no artigo 6º. De fato, o Governo aceitou que a condenação do autor foi baseada ‘de maneira decisiva’ nos depoimentos anônimos.”¹⁷⁰

Desta forma, o artigo 6(3)(d) juntamente com o artigo 6(1) da Convenção Européia foram violados neste caso.

Testemunhos de vítimas e testemunhas anônimas durante o julgamento são ilegais, mas em casos excepcionais podem ser usados em investigações criminais. A identidade das vítimas e testemunhas anônimas deve ser revelada com tempo suficiente antes do início do julgamento para assegurar um julgamento justo.

3.9 O direito à assistência gratuita de um intérprete

De acordo com o artigo 14(3)(f) do Pacto e com o artigo 6(3)(e) da Convenção Européia, todos têm “o direito à assistência gratuita de um intérprete se não puderem entender ou falar a língua usada no tribunal”. O artigo 8(2)(a) da Convenção Americana garante “o direito do acusado de ser assistido sem custo por um tradutor ou intérprete, se ele não compreender ou não falar a língua do tribunal ou corte”. Os artigos 20(4)(f) e 21(4)(f) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Peais Internacionais da Ruanda e da antiga Iugoslávia também determinam o direito à “assistência gratuita de um intérprete” para um acusado que não compreenda ou fale a língua usada nestes Tribunais.

¹⁷⁰ Ibid., loc. cit.

Nas palavras do Comitê de Direitos Humanos, a assistência gratuita de um intérprete é um direito de “básica importância em casos onde a ignorância da língua usada no tribunal ou a dificuldade na sua compreensão pode constituir grande obstáculo ao direito de defesa” e este direito é “independente do resultado do processo e se aplica aos nacionais e estrangeiros”.¹⁷¹ Entretanto, os serviços de um intérprete devem ser disponibilizados somente “se o acusado ou a defesa tenham dificuldades em compreender ou se expressar na língua do tribunal”.¹⁷² Não é violação ao artigo 14 o fato de os Estados determinarem o uso de somente *uma* língua oficial no tribunal, e a determinação de um julgamento justo “não obriga aos Estados-parte a disponibilizarem os serviços de um intérprete a um cidadão cuja língua materna é diferente da língua oficial do tribunal se este cidadão for capaz de expressar-se adequadamente na língua oficial”.¹⁷³

Disso decorre que o direito a um julgamento justo previsto no artigo 14 nem o artigo 14(3)(f) foram violados onde um cidadão francês cuja língua materna era o bretão, mas que também falava francês, teve os serviços de um tradutor recusados durante processo contra ele na França. Neste caso, o autor “não demonstrou que ele, ou as testemunhas de defesa, eram inaptos de dirigirem-se ao tribunal em francês simples, mas adequado”.¹⁷⁴ O Comitê explicou que o direito a um julgamento justo previsto no artigo 14(1) lido em conjunto com o artigo 14(3)(f) do Pacto “não implica que o acusado tem a possibilidade de expressar-se na língua que normalmente fala ou que fala com maior facilidade”; ao contrário, “se o tribunal tiver certeza”, como era o caso, “que o acusado é suficientemente proficiente na língua do tribunal, não é necessário verificar se é preferível que o acusado expresse-se na língua do tribunal que em qualquer outra língua”.¹⁷⁵

A Corte Européia de Direitos Humanos determinou que, em relação ao artigo 6(3)(e) da Convenção Européia, o termo “gratuito” denota “uma vez e com todas as exceções e exonerações”.¹⁷⁶ Na sua visão, “seria contrário não só ao sentido comum [do termo] gratuito”, mas também ao “objeto e finalidade” do artigo 6, e em particular o artigo 6(3)(e), “se este último parágrafo for reduzido à garantia de um direito à uma exceção provisória de pagamento – sem impedir as cortes nacionais de fazer com que condenados arquem com os custos de interpretação –, uma vez que o direito a um julgamento justo que o artigo 6º procura proteger seria afetado adversamente por si só”.¹⁷⁷ O artigo 6(3)(e) interpretado no contexto do direito a um julgamento justo garantido pelo artigo 6(1), conseqüentemente

¹⁷¹ Comentário Geral No. 13 (Artigo 14), in *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 125, par. 13.

¹⁷² Comunicado No. 219/1986, *D. Guesdon v. França* (Visões adotadas em 25 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 67, par. 10.2.

¹⁷³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 10.3.

¹⁷⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Luedicke, Belkacem e Koç, julgamento de 28 de novembro de 1978, Série A, No. 29, par. 40 at p. 17.

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 42 at p. 18.

“significa que um acusado que não possa compreender ou falar a língua usada no tribunal tem direito à assistência gratuita de um intérprete para a tradução ou interpretação de todos os documentos ou declarações feitas contra ele no processo os quais o acusado deve compreender para que tenha um julgamento justo”.¹⁷⁸ Conseqüentemente, os tribunais da República Federativa da Alemanha que atribuíram os custos de interpretação aos autores, violaram o artigo 6(3)(e) da Convenção.¹⁷⁹

O acusado que não puder falar ou compreender a língua usada pelas autoridades no curso de um processo penal contra ele tem o direito à livre interpretação e tradução de todos os documentos do processo. Esse direito independe do resultado final do processo.

3.10 O direito a uma sentença motivada

Embora não expressamente mencionado nos quatro principais tratados sobre direitos humanos, o direito a uma sentença motivada é inerente às disposições relativas ao “julgamento justo”, incluindo o direito a um julgamento público. O artigo 22(2) e o artigo 23(2) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia determinam que as sentenças destes tribunais “devem ser acompanhadas de motivação escrita, às quais opiniões distintas ou separadas podem ser anexadas”. De acordo com o artigo 74(5) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, as decisões da Câmara de Julgamento “devem ser feitas por escrito e devem conter declaração motivada das conclusões e opiniões da Câmara sobre as provas”.

O Comitê de Direitos Humanos examinou diversas reclamações relativas à falha dos tribunais em emitir uma sentença motivada. Essas reclamações foram examinadas de acordo com os artigos 14(3)(c) e (5) do Pacto, que “devem ser lidos conjuntamente, de forma que o direito de revisão da condenação ou sentença deve ser disponibilizado sem atraso”. De acordo com o precedente do Comitê nos termos do artigo 14(5),

“um condenado tem direito a, *em tempo razoável, acessar as sentenças escritas, devidamente motivadas, em todas as instâncias de apelação*, a fim de exercer efetivamente o direito de ter a sua

¹⁷⁸ Ibid., p. 20, par. 48.

¹⁷⁹ Ibid., pp. 20-21, par. 49-50.

condenação ou sentença revista por um tribunal superior nos termos da lei”.¹⁸⁰

No caso *Francis*, por exemplo, onde o autor recebeu uma pena de morte, a Corte de Apelações falhou em emitir uma sentença escrita mais de nove anos após a improcedência da apelação, um atraso que evidentemente não é razoável e que violou os artigos 14(3)(c) e (5) do Pacto.¹⁸¹ O atraso na concessão de sentenças escritas resultou, em muitos casos, que muitos prisioneiros na Jamaica não foram aptos a exercer o seu direito de apelar ao *Privy Council*.

De acordo com o precedente da Corte Européia de Direitos Humanos, que reflete “um princípio ligado à própria administração da justiça, sentenças de cortes e tribunais devem adequadamente demonstrar as razões em que se baseiam”. Entretanto, o “limite de aplicação deste dever de motivação pode variar de acordo com a natureza da decisão e deve ser determinado de acordo com as circunstâncias do caso”.¹⁸² Ainda, mesmo que o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos “obrigue os tribunais a motivar as suas decisões, ela não pode ser entendida como necessidade de resposta detalhada a todos os argumentos apresentados”.¹⁸³ Conseqüentemente, o tribunal pode “ao julgar improcedente uma apelação, ... simplesmente adotar a decisão da instância inferior”.¹⁸⁴ No caso *García Ruiz*, o autor reclamou que a *Audiencia Provincial* de Madri falhou em responder-lhe os argumentos. Entretanto, a Corte Européia notou que o autor “teve o benefício do contraditório” e que, em vários estágios do processo, “teve a possibilidade de submeter ao juízo os argumentos que considerou relevantes ao caso”; portanto, as “razões de fato e de direito da decisão de primeira instância de julgou improcedente o seu pedido foram fundamentadas”.¹⁸⁵ Em relação ao julgamento da apelação pela *Audiencia Provincial*, a mesma “endossou as razões de fato e de direito que embasaram a sentença de primeira instância na medida em que elas não conflitavam com sua própria opinião” e, conseqüentemente, o autor não poderia “validamente argüir que a sentença foi desmotivada, mesmo que no caso uma declaração mais substancial da motivação da sentença fosse desejável”.¹⁸⁶

Em um caso examinado nos termos dos artigos 6(1) e (3)(b) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, o autor reclamou que não recebeu cópia da íntegra da sentença escrita do julgamento de primeira instância ao tempo em que deveria decidir

¹⁸⁰ Comunicado No. 320/1988, *V. Francis v. Jamaica* (Visões adotadas em 24 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 66, par. 12.2; grifo nosso.

¹⁸¹ *Ibid.*, loc. cit. Vide também e.g. Comunicado No. 282/1988, *L. Smith v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1993), *ibid.*, p. 35, par. 10.5.

¹⁸² *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso García Ruiz v. Espanha, julgamento de 21 de janeiro de 1999, Relatórios 1999-I*, p. 97, par. 26.

¹⁸³ *Ibid.*, par. 26 at p. 98.

¹⁸⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 99, par. 29.

¹⁸⁶ *Ibid.*, loc. cit.

ou não pela apelação. A Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que esta falha não violou a Convenção. Uma cópia da sentença em forma de sumário foi disponibilizada para consulta no cartório da Corte Regional, e uma cópia teria sido fornecida à defesa se solicitado; ao menos a parte operativa da sentença foi lida em público na presença do autor e de seu advogado. A Corte não expressou qualquer opinião a esta prática, como na Holanda, onde as sentenças em forma abreviada são suplementadas com versões completas somente caso uma apelação seja interposta. Nas circunstâncias do presente caso concluiu-se basicamente que as razões nas quais o autor baseou a sua defesa constavam da forma abreviada da sentença (fato que o autor não negou) e não se poderia afirmar que em consequência os direitos de defesa do autor foram “indevidamente prejudicados pela ausência de uma sentença completa”.¹⁸⁷

3.10.1 A falta de uma decisão motivada e casos de pena de morte

O Comitê de Direitos Humanos tem consistentemente afirmado “que em todos os casos, especialmente em casos de pena de morte, os acusados tem direito a julgamento e apelações sem atraso injustificado, independente do resultado dos procedimentos judiciais”,¹⁸⁸ e, como visto acima, em casos onde a falta de uma sentença justificada impediu que o autor procedesse com a apelação, o artigo 14(3)(c) e (5) foi violado. A violação destas determinações tem consequências também na violação do direito à vida determinado no Artigo 6º do Pacto, uma vez que nos termos do Comentário Geral nº 6, decorre dos termos expressos do artigo 6º que a pena de morte

“... só pode ser imposta de acordo com a lei vigente à época do cometimento do crime e não contrária ao Pacto. Os procedimentos ali prescritos devem ser observados, incluindo o direito a um julgamento justo por um tribunal independente, a presunção de inocência, as garantias mínimas para a defesa, e o direito de apelação a um tribunal superior. Esses direitos são aplicáveis além do direito de buscar o perdão ou comutação da sentença.”¹⁸⁹

Conseqüentemente, a “pena de morte definitiva” que é “decretada sem a observância dos requisitos” do artigo 14 também viola o artigo 6 do Pacto, que determina em seu parágrafo segundo que uma pena de morte não pode ser imposta “contrariamente às disposições do presente Pacto”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Zoon v. Holanda*, julgamento de 7 de dezembro de 2000, par. 39-51 do texto do julgamento conforme publicado no website da Corte: <http://www.echr.coe.int/>.

¹⁸⁸ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.3.

¹⁸⁹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pp. 115-116, par. 7. Veja também Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.4.

¹⁹⁰ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.4.

A Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas determinou igualmente que a execução de 24 soldados foi uma “privação arbitrária” de seus direitos à vida, garantidos pelo artigo 4º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas, uma vez que seus julgamentos violaram as garantias do devido processo previstas pelo artigo 7(1)(a) da Carta.¹⁹¹

Tribunais devem sempre motivar as suas decisões, mesmo que não possam responder a cada um dos argumentos do acusado. O condenado tem direito a receber um julgamento motivado em tempo razoável; sendo que este julgamento é essencial para instrumentar apelações.

A aplicação estrita destes direitos é particularmente importante nos casos de pena de morte.

3.11 Liberdade por leis ex post facto / O princípio da nullum crimen sine lege

O Artigo 15(1) do Pacto Internacional, o artigo 7(2) da Carta Americana, o artigo 9º da Convenção Americana, o artigo 7(1) da Convenção Européia e o artigo 22 dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional garantem – em termos ligeiramente diferentes – o direito a não ser considerado culpado por qualquer ato ou omissão que não seja ofensa criminal à época do seu cometimento. O artigo 15(1) do Pacto e o artigo 7(1) da Convenção Européia referem-se à “lei interna e internacional” a este respeito, enquanto que o artigo 9º da Convenção Americana fala somente em “legislação aplicável”. O Artigo 22 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional refere-se a crimes “abrangidos pela jurisdição do Tribunal”.

A proibição da retroatividade da lei penal é fundamental em uma sociedade governada pela lei, onde um dos aspectos é assegurar **previsibilidade e possibilidade legal**, e, com disso, segurança jurídica para os indivíduos. A experiência mostra que, durante severas situações de crise, sempre houve uma tentação de se apenar retroativamente certos comportamentos, mas, como pode ser visto no artigo 4(2) do Pacto Internacional, no artigo 27(2) da Convenção Americana e no artigo 15(2) da Convenção Européia, o direito à liberdade por leis ex post facto é não-derrogável, e deve ser aplicado em pleno efeito mesmo em situações de emergência.

¹⁹¹ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Forum of Conscience (em nome de 24 soldados) v. Serra Leoa*, Comunicado No. 223/98, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 19 of do texto da decisão publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/223-98.html>.

O Comitê de Direitos Humanos encontrou uma violação ao artigo 15(1) do Pacto em um caso onde o autor foi sentenciado a oito anos de prisão por “associação subversiva”, apesar de os atos em questão serem legais quando praticados.¹⁹²

No caso *Media Rights Agenda e Outros contra a Nigéria*, A Comissão Africana de Direitos Humanos das Pessoas teve que considerar a compatibilidade do *Newspaper Decree* No. 43 de 1993 com o artigo 7(2) da Carta Africana. Este Decreto, que tinha efeito retroativo, inter alia tornou ofensa punível com multa pesada e/ou longa reclusão a pessoa que tivesse, publicasse ou imprimisse um jornal não registrado nos termos do Decreto. A Comissão condenou “a interpretação literal, minimalista” da Carta dada pelo Governo, que alegou não haver violação ao artigo 7(2) uma vez que o aspecto retroativo do Decreto não foi colocado em prática. Na visão da comissão, entretanto, o artigo 7(2)

“... deve ser lido de forma a proibir não somente a condenação e a punição por atos que não constituíam crime à época em que foram praticados, mas a retroatividade em si. Espera-se que os cidadãos levem as suas leis a sério. Se a lei mudar com efeito retroativo, a lei não é eficaz pois os cidadãos nunca vão saber se as suas ações são legais. Para um cidadão cumpridor da lei, esta é uma terrível insegurança, independente da probabilidade de uma eventual punição.”¹⁹³

A Comissão acrescentou, ainda, que “infelizmente” não podia estar totalmente confiante que nenhuma pessoa ou jornal foi prejudicado pela retroatividade do Decreto No. 43. Na sua visão a possibilidade de “acusação é uma ameaça séria” e “uma lei injusta mas ineficaz subverte ... o caráter sancionador que a lei deve ter”. Conseqüentemente, o Decreto No. 43 violou o artigo 7(2) da Carta Africana.¹⁹⁴

A Corte Européia lidou com um número variado de casos nos termos do artigo 7(1). Entretanto, somente os princípios básicos da interpretação da Corte podem ser tratados aqui. Para a Corte Européia, o artigo 7(1) não apenas proíbe “a aplicação retroativa da lei penal em prejuízo do acusado” mas também “engloba, mais genericamente, o princípio segundo o qual somente a lei pode definir o que é crime e a sua pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), bem como o de que a lei penal não pode ser interpretada extensivamente em detrimento do acusado, por exemplo, por

¹⁹² Comunicado No. R.7/28, *I. Weinberger v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1980), in UN doc. GAOR, A/36/40, p. 119, par. 16.

¹⁹³ *Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, Media Rights Agenda e outros v. Nigéria, Comunicados Nos. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, decisão adotada em 31 de outubro de 1998*, par. 58-59 do texto da decisão conforme publicado em http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/105-93_128-94_130-94_152_96.html.

¹⁹⁴ *Ibid.*, par. 60.

analogia”.¹⁹⁵ Esta importante qualificação implica que “um crime deve ser claramente definido em lei”, condição que é “satisfeita quando o indivíduo pode dizer, pela redação da previsão relevante e, se necessário, com a ajuda da interpretação da Corte, quais atos ou omissões o farão responsável”.¹⁹⁶ A Corte também determinou que, onde novas determinações do Código penal foram aplicadas em vantagem e não em detrimento do acusado, o artigo 7(1) da Convenção não foi violado.¹⁹⁷

3.12 O princípio do *ne bis in idem*, ou proibição de duplo prejuízo

O artigo 14(7) do Pacto Internacional contém proibição ao duplo prejuízo, ou princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual “ninguém pode ser julgado ou punido novamente por um crime pelo qual já foi definitivamente condenado ou absolvido de acordo com a lei ou o processo penal de cada país”. O artigo 8(4) da Convenção Americana garante este princípio com as seguintes palavras: “Um acusado **absolvido** por uma sentença não sujeita à apelação não será submetido a novo julgamento pela mesma causa” (grifo nosso). O Protocolo No. 7 da Convenção Europeia determina no seu artigo 4(1) que “ninguém será julgado ou punido por nenhum processo criminal na jurisdição de um mesmo Estado por um crime pelo qual já foi absolvido ou condenado definitivamente de acordo com a lei penal de referido Estado”. Entretanto, de acordo com o artigo 4(2) do Protocolo, estas determinações não impedem a reabertura do caso ... se existir evidência de fatos novos ou recentemente descobertos, ou se houver vício fundamental no processo anterior, que possa alterar o resultado do caso”. O princípio do *ne bis in idem* é não derogável nos termos da Convenção Europeia (cf. art. 4(3) do Protocolo No. 7).

Finalmente, os artigos 9 e 10 dos respectivos Estatutos do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia, bem como o artigo 20 do Tribunal Penal Internacional, também determinam a proteção contra duplo prejuízo por crimes na jurisdição dos respectivos tribunais. Entretanto, nos termos dos Estatutos do Tribunais de Ruanda e da antiga Iugoslávia, exceções existem para pessoas julgadas pelos tribunais nacionais por ato caracterizado como “crime comum” ao invés de violação “séria” de lei internacional humanitária e, ainda, se “o procedimento do tribunal nacional não foi imparcial ou independente, foi realizado para proteger o acusado de responsabilidade penal internacional, ou se o caso não foi diligentemente conduzido” (vide art. 9(2) e art. 10(2) dos respectivos Estatutos). O artigo 20(3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional também determina exceções para estes outros processos com a “finalidade de proteger a pessoa em questão da responsabilidade criminal por crimes de jurisdição do tribunal”, ou se referido procedimento “não foi conduzido de maneira independente ou imparcial nos termos das normas do devido processo legal reconhecidas pela lei internacional e foram conduzidas, nas circunstâncias, de maneira inconsistente com a intenção de trazer a pessoa em questão à justiça”.

¹⁹⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Kokkinakis v. Grécia*, julgamento de 25 de maio de 1993, Série A, No. 260-A, p. 22, par. 52.

¹⁹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁹⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso G. v. França*, julgamento de 27 de setembro de 1995, Série A, No. 325-B, p. 38, par. 24-26.

O artigo 14(7) do Pacto - como a Convenção Européia – somente proíbe o duplo prejuízo “em relação a um crime em um determinado Estado”; ela não garante o *ne bis in idem* “em relação às jurisdições nacionais de dois ou mais Estados”.¹⁹⁸

Está claro que, quando um tribunal de apelação nacional já rejeitou um segundo indiciamento, invocando o princípio do *ne bis in idem*, não há violação, por exemplo, do artigo 14(7) do Pacto.¹⁹⁹

Em relação ao princípio do *ne bis in idem* conforme garantido pelo artigo 8(4) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos explicou que “a intenção é proteger os direitos dos indivíduos que foram julgados por fatos específicos de serem submetidos a novo julgamento pela mesma causa”, mas, diferente “da fórmula utilizada por outros instrumentos de proteção de direitos internacionais, ... a Convenção Americana usa a expressão ‘*a mesma causa*’, que é uma expressão muito mais ampla a favor da vítima”.²⁰⁰ Isso significa, por exemplo, que se uma pessoa for absolvida pelos tribunais militares em acusações por traição, é contrário ao artigo 8(4) da Convenção o conseqüente julgamento dessa pessoa pelos mesmos fatos, ainda que sob uma diferente qualificação, como terrorismo.²⁰¹ De fato, no caso *Loayza Tamayo*, a Corte decidiu que os Decretos Leis contendo os crimes de “terrorismo” e “traição” eram em si mesmo contrários ao artigo 8(4), uma vez que se referem a “ações não estritamente definidas” que poderiam ser “interpretadas similarmente em ambos os crimes” como foi feito neste caso particular.²⁰² Em outras palavras, deram surgimento a uma insegurança jurídica inaceitável.

O princípio do *ne bis in idem* no artigo 4º do Protocolo No. 7 à Convenção Européia foi violado no caso *Gradinger*, relativo a um autor que já havia sido condenado pela Corte Regional da Áustria por causar uma morte por negligência enquanto dirigia seu carro. De acordo com a Corte Regional, que se baseou no Código Penal, o nível alcoólico do autor não constituiu fator agravante.²⁰³ Entretanto, o Ministério Público não concordou com a conclusão e, invocando o *Road Traffic Act*, impôs uma pena de prisão

¹⁹⁸ Comunicado No. 204/1986, A. P. v. *Itália* (Decisão adotada em 2 de novembro de 1987), in UN doc. GAOR, A/43/40, p. 244, par. 7.3.

¹⁹⁹ Comunicado No. 277/1988, *Teran Jijón v. Equador* (Visões adotadas em 26 de março de 1992), GAOR, A/47/40, p. 272, par. 5.4.

²⁰⁰ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo v. Peru*, julgamento de 17 de setembro de 1977, OEA doc. OEA/Ser.L/V/III.39, doc. 5, 1997 Relatório Anual da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, p. 213, par. 66.

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 213-215, par. 66-77.

²⁰² *Ibid.*, p. 213, par. 68.

²⁰³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Gradinger v. Áustria*, julgamento de 23 de outubro de 1995, Série A, No. 328-C, p. 66, par. 55.

ao autor por duas semanas, por dirigir sob a influência de álcool”.²⁰⁴ A Corte Européia era da visão de que, apesar de o Código Penal e o *Road Traffic Act* diferirem na “designação dos crimes” e “sua natureza propósito”, “as decisões eram baseadas na mesma conduta” constituindo violação ao princípio do *ne bis in idem*.²⁰⁵

No caso *Oliveira*, entretanto, o resultado foi diferente. A autora dirigia em uma via coberta de gelo e neve quando seu carro atingiu o outro lado da via, atingindo um carro e colidindo com um segundo carro, cujo condutor ficou seriamente ferido. O magistrado subseqüentemente condenou a autora com base nas Seções 31 e 32 do *Federal Road Traffic Act* por “**perder o controle do veículo**, uma vez que ela não adaptou a velocidade às condições da via”; ela foi condenada a uma multa de 200 francos suíços (CHF).²⁰⁶ Subseqüentemente, o Ministério Público emitiu uma ordem penal condenando a autora ao pagamento de 2000 CHF “por **negligentemente causar ferimento**” contrário ao artigo 125 do Código Penal Suíço; em apelação esta multa foi reduzida para 1.500 CHF, e, após dedução da primeira multa de 200 CHF, para 1.300 CHF.²⁰⁷ Perante a Corte Européia de Direitos Humanos, a autora alegou violação ao artigo 4º do Protocolo No. 7, alegando que o mesmo incidente levou-a à condenação duas vezes, primeiro por perder o controle de seu veículo e depois por causar ferimentos físicos por negligência.²⁰⁸

Na visão da Corte Européia, este é um “típico exemplo de um único ato que constitui vários crimes (*concoure idéal d’infractions*)”, e a característica dele é a noção de que um único ato criminoso é dividido em dois crimes distintos”; nestes casos, “a pena maior geralmente absorve a menor”.²⁰⁹ Na visão da Corte, entretanto,

“não há nada nesta situação que infrinja o artigo 4º do Protocolo No. 7 uma vez que a determinação proíbe que as pessoas sejam julgadas duas vezes pelo mesmo crime enquanto que em casos onde um único ato constitui vários crimes (*concoure idéal d’infractions*) uma única ação criminosa constitui dois crimes separados”.²¹⁰

A Corte adicionou, entretanto, que “seria admissível para ser mais consistente com os princípios regedores da adequada administração da justiça, em relação a ambos os crimes, que resultaram de uma mesma ação, que fossem julgadas pelo mesmo tribunal em um único processo”; entretanto, o fato de isso não ter sido feito no caso foi “irrelevante para o cumprimento com” o artigo 4º do Protocolo No. 7, “uma vez que a determinação não preclui ofensas distintas, mesmo se parte de um mesmo ato, sendo julgadas por

²⁰⁴ Ibid., p. 55, par. 9.

²⁰⁵ Ibid., p. 66, par. 55.

²⁰⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Oliveira v. Suíça*, julgamento de 30 de julho de 1998, Relatórios 1998-V, p. 1994, par. 10; grifo nosso.

²⁰⁷ Ibid., par. 11-12; grifo nosso.

²⁰⁸ Ibid., p. 1996, par. 22.

²⁰⁹ Ibid., p. 1998, par. 26.

²¹⁰ Ibid., loc. cit.

diferentes tribunais, especialmente onde, como no presente caso, as penas não foram cumulativas, sendo a menor absorvida pela maior”.²¹¹ O caso *Oliveira* foi portanto “distinto do caso *Gradinger*, ... no qual dois tribunais diferentes tiveram decisões inconsistentes em relação ao nível alcoólico do autor”.²¹² Não houve, conseqüentemente, violação ao artigo 4º do Protocolo No. 7 neste caso.

*Todos têm o direito de não serem condenados por uma conduta que não constituía crime à época de sua realização. Este direito aplica-se a **todo tempo** e não pode ser derogado.*

*A proibição de leis ex post facto é essencial para garantir a **segurança jurídica**, o que significa que as leis devem ser claras o suficiente para guiar a conduta dos indivíduos, que devem saber, talvez com algum auxílio jurídico, que conduta constitui crime e que conduta não.*

O direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo crime é garantido pelas leis internacionais, minimamente dentro de um mesmo Estado. Na Europa, o princípio do ne bis in idem não abrange pessoas que são acusadas por crimes distintos originários de uma única conduta criminosa.

4. Limites à Punição

4.1 O direito de beneficiar-se de uma pena mais branda

O artigo 15(1) do Pacto Internacional e o artigo 9 da Convenção Americana vedam a imposição de uma pena mais severa que aquela aplicável à época em que o crime foi cometido, e determinam que se, subseqüentemente ao cometimento do crime, uma determinação legal impuser pena mais branda, o acusado deve ser beneficiado. Estas determinações não devem ser derogadas nem mesmo em caso de emergência pública (cf. artigo 4(2) do Pacto Internacional e do artigo 27(2) da Convenção Americana). A Carta

²¹¹ Ibid., par. 27.

²¹² Ibid., par. 28. Para outros casos relativos ao princípio do ne bis in idem vide e.g. *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Franz Fischer v. Áustria, julgamento de 29 de maio de 2001*; para o texto vide <http://hudoc.echr.coe.int>; e *Corte Européia de Direitos Humanos, Ponsetti e Chesnel v. França, decisão de 14 de setembro de 1999, Relatórios 1999-VI*.

Africana silencia nestes aspectos, enquanto que o artigo 7(1) da Convenção Americana é limitado à possibilidade de recurso a penalidade que sejam mais severas que aquelas aplicáveis à época em que o crime foi cometido; esta determinação é não-derrogável (cf. art. 15(2) da Convenção Europeia).

A questão das medidas preventivas: O caso Welch

O caso *Welch* foi examinado sob o artigo 7(1) da Convenção Europeia e diz respeito a um autor que recebeu uma longa pena de prisão por crimes relativos a entorpecentes e que, ainda, foi submetido a uma ordem de arresto baseada em lei que entrou em vigor *após* o cometimento dos crimes em questão. Falha no pagamento do dinheiro faria com que o autor fosse condenado a uma pena consecutiva de dois anos de prisão. Relembrando que o termo “pena” é uma noção “autônoma” nos termos da Convenção e “verificando através das aparências e a realidade da situação”, a Corte Europeia concluiu que o artigo 7(1) foi violado neste caso, uma vez que “o autor recebeu uma pena mais severa como resultado da ordem do que a que estava exposto à época em que cometeu os crimes pelos quais foi condenado”.²¹³ Esta conclusão não significa que a Corte se opôs a ordens severas de arresto “no combate ao tráfico de entorpecentes”, apenas à sua aplicação *retroativa*.²¹⁴

4.2 Consistência com padrões legais internacionais

Outros limites ao direito de impor penas em relação a condenações criminais decorrem dos termos das leis de direitos humanos internacionais em geral, e dizem respeito, particularmente à proibição do castigo corporal e às restrições severas e não admissão do recurso da pena de morte.

4.2.1 Castigo corporal

Serão lembrados, entre outros, o artigo 7º do Pacto Internacional, o artigo 5º da Carta Africana, o artigo 5(2) da Convenção Americana e o artigo 3º da Convenção

²¹³ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Welch v. Reino Unido*, julgamento de 9 de fevereiro de 1995, Série A, No. 307-A, p. 14, par. 35.

²¹⁴ *Ibid.*, pp. 14-15, par. 36.

Européia, todos excludentes do recurso da tortura, tratamento degradante, cruel e/ou desumano ou **punição**. Esta proibição é válida a todo tempo e não comporta limitação.

O Comitê de Direitos Humanos observou que a proibição do artigo 7º “refere-se não apenas aos atos que causam dor física, mas também aos que causam sofrimento mental às vítimas” e que, além disso,

“a proibição deve ser estendida aos castigos corporais, incluindo castigo corporal excessivo ordenado como punição por crime ou como medida educativa ou disciplinar”.²¹⁵

Não está claro, entretanto, o que o Comitê quis dizer com “castigo corporal excessivo”; mas a julgar pelas questões dos membros do Comitê e recomendações aos Estados-parte em relação às considerações dos relatórios periódicos, o uso de castigos corporais é considerado uma forma não apropriada de punição que é contrária ao artigo 7º e que deve ser abolida.²¹⁶

O caso *Tyrer* trazido à Convenção Européia sobre os Direitos Humanos referia-se a imposição de três golpes com uma bengala em um adolescente, punição ordenada pela corte juvenil de Ilha de Man. O castigo “inchou, mas não cortou, a pele do autor e ele ficou dolorido por cerca de uma semana e meia depois”.²¹⁷ A Corte Européia Concluiu que “o elemento de humilhação atingiu o nível de “punição degradante” e foi, portanto, contrário ao artigo 3º da Convenção Européia.²¹⁸ A Corte expressou sua visão sobre punição corporal judicial nos seguintes termos:

“A natureza da punição corporal judicial envolve um ser humano aplicando violência física em outro ser humano. Além disso, é uma violência institucionalizada, que no presente caso é violência permitida por lei, ordenada pelas autoridades judiciais do Estado e conduzida pelas autoridades policiais do Estado ... Além disso, apesar de o autor não ter sofrido qualquer efeito físico severo ou de longa duração, sua punição – uma vez que ele foi tratado como um objeto em poder das autoridades – constitui uma violação àquilo

²¹⁵ Comentário Geral No. 20 (Art. 7), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 139, par. 5; grifo nosso.

²¹⁶ Vide recomendações ao *Flogging Regulation Act* da Jamaica, 1903 e o *Jamaican Crime (Prevention of) Act*, 1942, *GAOR*, A/53/40 (vol. I), p. 17, par. 83; para flagelação, amputação e apedrejamento no Sudão, vide *ibid.*, p. 23, par. 120. Vide também questões relativas à Austrália, in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 29, par. 144; e, em relação a São Vicente e Grenadinas, *GAOR*, A/45/40 (vol. I), p. 61, par. 280.

²¹⁷ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, julgamento de 25 de abril de 1978, Série A, No. 26*, p. 7, par. 10.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 17, par. 35.

que é um dos principais propósitos do artigo 3º proteger, a dignidade e integridade física da pessoa.”²¹⁹

4.2.2 Pena de morte

Na lei internacional dos direitos humanos, o recurso à pena de morte é cercado por inúmeras salvaguardas com a finalidade de limitar e eventualmente abolir o seu uso. Por exemplo, o artigo 6(2) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos permite a imposição de pena de morte somente nos “crimes mais sérios”, determinação que levou o Comitê de Direitos Humanos a concluir que, onde a pena de morte foi aplicada como pena pela condenação de roubo qualificado, o artigo 6(2) havia sido violado; esta decisão foi tomada uma vez que a corte nacional não considerou circunstâncias mitigadoras, tais como o fato de o uso de armas de fogo no caso “não haverem produzido a morte ou ferimentos em nenhuma pessoa”.²²⁰ Outras salvaguardas contidas no artigo 6º da Convenção referem-se à proibição de imposição de pena de morte a “crimes cometidos por pessoas com menos de dezoito anos de idade” ou a mulheres grávidas. Além disso, de acordo com o artigo 6(2) do Pacto, as sentenças de morte não podem ser impostas “contrariamente às determinações do ... Pacto”, o que significa que todas as garantias do devido processo legal devem ser respeitadas durante o julgamento que leva à sentença de morte.

O Segundo Protocolo Opcional do Pacto busca a abolição da pena de morte e entrou em vigor em 11 de julho de 1991. Até 8 de fevereiro de 2002, 46 Estados-parte tinham aderido a este Protocolo.²²¹

O artigo 4º da Convenção Americana também contém salvaguardas contra o recurso abusivo à pena de morte e não permite, por exemplo, “que ela seja restabelecida em Estados que a aboliram” (art. 4(3)). Além disso, “em nenhum caso a pena de morte pode ser aplicada para crimes políticos ou crimes comuns”, limitação que é particularmente importante em casos de emergência pública. Adicionalmente, a pena de morte não pode ser aplicada à pessoas que cometem crimes antes dos dezoito anos de idade ou depois dos setenta, nem deve ser aplicada a mulheres grávidas. Em 8 de junho de 1990, o Protocolo à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte foi adotado e, até 9 de abril de 2002, ele tinha oito ratificações.²²² De acordo com o artigo 2º do Protocolo, os Estados-parte podem, entretanto, quando ratificarem ou aderirem ao Protocolo, “declarar que se reservam o direito de aplicar a pena de morte em caso de guerra, de acordo com a lei internacional, para crimes extremamente graves de natureza militar”.

²¹⁹ Ibid., p. 16, par. 33.

²²⁰ Comunicado No. 390/1990, *B. Lubuto* (Visões adotadas em 31 de outubro de 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 14, par. 7.2.

²²¹ UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. I), p. 8, par. 5.

²²² Vide website da OEA: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties.html>.

A Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos por si permite a pena de morte; isto decorre do artigo 2(1), que dispõe que “ninguém será privado de sua vida intencionalmente exceto na execução de uma sentença judicial de condenação por crime para o qual esta pena é determinada em lei”. Entretanto, de acordo com o artigo 1º do Protocolo No. 6 da Convenção, “a pena de morte deve ser abolida” e “ninguém deve ser condenado a esta pena ou ser executado”. No entanto, o artigo 2º do Protocolo determina que o uso da pena de morte “para atos praticados em tempo de guerra ou em iminente ameaça de guerra”. Uma vez em vigor, o Protocolo No. 13 da Convenção tornará ilegal, entretanto, a pena de morte *em todas as hipóteses*. Assinado em 3 de maio de 2002 em Vilnius, o Protocolo No. 13 tinha, em 14 de maio de 2002, 3 das 10 ratificações necessárias para entrar em vigor.²²³

Nem o Tribunal Penal Internacional nem os Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia podem aplicar a pena de morte (vide art. 77 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e os artigos 23 e 24 dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia).

Nos termos das leis internacionais de direitos humanos, uma pena mais severa que a aplicável à época em que o crime foi cometido não pode ser aplicada. Se uma pena mais leve for introduzida no ordenamento a partir do cometimento do crime, o condenado deve, entretanto, beneficiar-se.

Punições devem ser consistentes com os padrões internacionais de direitos humanos. Em nenhuma circunstância devem incluir tortura, tratamento desumano, cruel ou degradante ou castigo corporal. Castigos corporais são ilegais à medida que contenham este tratamento. Este castigo é em geral considerado inapropriado pelos órgãos de monitoramento internacionais.

O uso da pena de morte é estritamente circunscrito à lei internacional de direitos humanos; se permitida, é limitada aos crimes mais sérios e não pode ser imposta em crimes cometidos por pessoas com menos de dezoito anos de idade. Muitos países estão agora legalmente comprometidos a não restabelecer a pena de morte em tempos de paz.

²²³ See <http://conventions.coe.int/>.

5. O direito de apelar

O artigo 14(5) do Pacto determina que “todo condenado por um crime tem o direito de ter sua sentença revista por um tribunal superior nos termos da lei”. A existência de um direito de apelação é garantido pelo Pacto e sua existência não é em tese dependente da lei nacional; a referência “nos termos da lei” refere-se exclusivamente a “modalidades pelas quais a revisão pelos tribunais superiores pode ser realizada”.²²⁴ O artigo 7(1)(a) da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas determina que “todo indivíduo tem o direito de ter sua causa ouvida”, um direito que inclui “o direito a uma apelação a um tribunal nacional competente contra violação de seus direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes vigentes”. O artigo 8(2)(h) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina que em processos penais “toda pessoa tem o direito com toda igualdade a um julgamento por uma instância superior”. O artigo 6º da Convenção Européia não garante, per se, o direito à apelação,²²⁵ mas este direito é garantido pelo artigo 2º do Protocolo No. 7 da Convenção, apesar de que “pode existir exceções em relação a crimes menos relevantes, conforme determinado em lei ou em casos onde a pessoa em questão foi julgada em primeira instância pelo mais alto tribunal ou foi condenada em seguida de uma apelação contra absolvição” (art. 2(2) do Protocolo).

A Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas determina que “a obstrução de qualquer forma de apelação aos órgãos nacionais competentes em um caso penal de que resulte punição tão severa quanto uma pena de morte claramente viola” o artigo 7(1)(a) da Carta Africana. Na visão da Comissão, a falta de apelação nesses casos também viola o padrão contido no parágrafo 6º das Salvaguardas das Nações Unidas garantindo a proteção dos direitos dos sentenciados à pena de morte, que determina que “qualquer um sentenciado à morte tem o direito de apelar a uma jurisdição superior...”.²²⁶ O artigo 7(1)(a) também foi violado pelo Governo da Nigéria ao editar o *Civil Disturbances Act*, onde foi excluída de qualquer revisão por qualquer tribunal “à validade

²²⁴ Comunicado No. R.15/64, *C. Salgar de Montejo v. Colômbia* (Visões adotadas em 24 de março de 1982), in UN doc. GAOR, A/37/40, p. 173, par. 10.4.

²²⁵ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido, julgamento de 13 de julho de 1995, Série A, No. 316-B*, par. 59 at p. 79.

²²⁶ *Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, Civil Liberties Organisation e outros v. Nigéria, Comunicado No. 218/98, decisão adotada durante a 29ª Sessão Ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001*, par. 33 do texto da decisão conforme publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>; a resolução relevante das Nações Unidas foi aprovada pelo Conselho Econômico e Social resolução 1984/50 de 25 de maio de 1984.

de qualquer decisão, sentença, julgamento ... ou ordem dada, ... ou qualquer coisa semelhante realizada nos termos deste Ato”.²²⁷ No caso particular envolvendo o *Projeto de Direitos Constitucionais* atuando em nome de sete homens sentenciados à morte, os direitos fundamentais envolvidos eram os direitos à vida, liberdade e segurança, garantidos pelos artigos 4º e 6º da Carta Africana. A Comissão decidiu que, enquanto “as penas decretadas ao fim de processo penal cuidadosamente conduzido não necessariamente constituem violação a estes direitos, a obstrução de qualquer via de apelação aos ‘órgãos nacionais competentes’ em casos penais que determinem referidas penas claramente viola” o artigo 7(1)(a) da Carta, “e aumenta o risco de que violações mais severas não possam ser reexaminadas”.²²⁸ No caso *Forum of Conscience* relativa ao julgamento e subsequente execução de 24 soldados, a Comissão concluiu que a privação do direito de apelação constituiu violação ao artigo 7(1)(a) e que esta falha em proporcionar o devido processo resultou em privação arbitrária de suas vidas contrária ao artigo 4º da Carta.²²⁹

O direito à apelação do artigo 7(1)(a) da Carta Africana, entretanto, não aparenta ser limitado ao processo penal dado que permite “apelação aos órgãos competentes nacionais” contra atos violadores dos “direitos fundamentais” de pessoas em geral.

5.1 O direito ao amplo reexame

O Comitê de Direitos Humanos deixou claro que, independente do recurso ou apelação em questão “ele deverá cumprir com todos os requisitos exigidos pela Convenção”,²³⁰ o que significa que a revisão deve abranger *aspectos legais e materiais da condenação da pessoa e da sentença*. Em outras palavras, além de questões puramente de direito, a revisão deve dar “completa avaliação das provas e da condução do julgamento”.²³¹

No caso *Gómez*, o autor reclamou violação do artigo 14(5); uma vez que a Suprema Corte Espanhola não pôde reavaliar a prova, sua revisão judicial foi incompleta. O Estado-parte não foi capaz de refutar esta alegação e conseqüentemente o Comitê concluiu que “a falta de qualquer possibilidade de revisar completamente a condenação e sentença do autor, ... sendo a revisão limitada a aspectos legais ou formais da condenação, significa que as garantias determinadas no artigo 14, parágrafo 5º, da

²²⁷ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Projeto de Direitos Constitucionais*, (em nome de *Zamani Lekwot e outros seis*) v. *Nigéria*, Comunicado No. 87/93, decisão adotada durante a 16ª sessão, de outubro de 1994, par. 26-27 do texto da decisão publicado em: <http://www.up.ac.za/chr/>.

²²⁸ *Ibid.*, par. 28.

²²⁹ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Forum of Conscience* (em nome de 24 soldados) v. *Serra Leoa*, Comunicado No. 223/98, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 19 do texto da decisão conforme publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/223-98.html>.

²³⁰ Comunicado No. 701/1996, *Gómez v. Espanha* (Visões adotadas em 20 de julho de 2000), in UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 109, par. 11.1.

²³¹ Comunicados Nos. 623, 624, 626, 627/1995, *V. P. Domukovsky e outros v. Georgia* (Visões adotadas em 6 de abril de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 111, par. 18.11.

Convenção não foram cumpridas”.²³² Em outro caso contra a Espanha, a mesma determinação foi violada uma vez que nenhum advogado foi capaz de interpor apelação e, portanto, a apelação do autor “não foi efetivamente considerada pela Corte de Apelação”.²³³

Em relação ao *recurso de ofício*, o Comitê aceitou que “um sistema que não permite a direito automático de apelação pode ainda estar em conformidade com” o artigo 14(5) da Convenção “desde que o exame do pedido de recurso de ofício permita completa revisão, tanto com base nas provas e no direito, quanto da condenação e da sentença e desde que o processo permita a devida consideração da natureza do caso”.²³⁴

5.2 A disponibilização da sentença

Como visto nas subseções 3.10 e 3.10.1 acima, para que o direito de apelação seja *efetivo*, o condenado deve ter, dentro de um prazo de tempo razoável, acesso às sentenças escritas devidamente motivadas; não existindo disponibilização das sentenças, o artigo 14(5) do Pacto Internacional foi violado. O artigo 14(5) também foi violado nos casos onde os advogados de defesa abandonaram todas as possibilidades de apelação, e em casos onde os tribunais nacionais não demonstraram que isso foi feito de acordo com a vontade do cliente. Entretanto, esta jurisprudência não se aplica ao tribunal nacional que “demonstrou claramente que o autor foi informado e aceitou que não havia argumentos em seu favor”.²³⁵

5.3 Transcrições do julgamento

O direito à apelação também pode ser afetado pelo atraso na produção das transcrições do julgamento. Por conta deste atraso no caso *Pinkney*, o pedido de apelação do autor não foi ouvido 34 meses após o pedido de apelação, um atraso que “era incompatível com o direito de ser julgado sem atraso injustificado” contrário ao artigo 14(3)(c) e (5) do Pacto Internacional.²³⁶

5.4 Preservação de provas

O Comitê reconheceu ainda que “a fim de que o direito de apelação de uma condenação seja efetivo, o Estado-parte deve ter a obrigação de preservar material de

²³² Comunicado No. 701/1996, *Gómez v. Espanha* (Visões adotadas em 20 de julho de 2000), in UN doc. A/55/40 (vol. II), p. 109, par. 11.1.

²³³ Comunicado No. 526/1993, *M. e B. Hill v. Espanha* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 18, par. 14.3.

²³⁴ Comunicado No. 662/1995, *P. Lumley v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1999), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 145, par. 7.3.

²³⁵ Comunicado No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica* (Visões adotadas em 29 de março de 2000), in UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 129, par. 10.5.

²³⁶ Comunicado No. R.7/27, *L. J. Pinkney v. Canadá* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1981), in UN doc. GAOR, A/37/40, p. 113, par. 35, lido em conjunto com p. 103, par. 10.

prova suficiente para permitir” a efetiva revisão de sua condenação.²³⁷ Entretanto, ele não vê que “*qualquer* falha na preservação de material de prova até o final do processo de apelação constitui violação do” artigo 14(5), mas somente aquelas “onde a falha prejudica o direito do condenado à revisão, i.e., em situações onde a prova em questão é indispensável para realizar a revisão”. Ainda, nesta visão, “esta questão deve ser considerada primariamente pelas cortes de apelação”.²³⁸ Conseqüentemente, onde a falha por um Estado-parte “em preservar a declaração de confissão original foi a base da apelação” e a corte negou provimento à apelação por ausência de mérito e “sem dar maiores razões”, o Comitê considerou que a corte “não estava em condições de reavaliar ... a decisão neste aspecto” e concluiu que não houve violação do artigo 14(5).²³⁹

5.5 O direito à assistência judiciária

O Comitê consistentemente defendeu que “é imperativo que a assistência judiciária seja disponível ao prisioneiro condenado à pena de morte, e *que isso se aplica em todos os estágios do processo judicial*”.²⁴⁰ No caso *LaVende*, o autor teve a assistência judiciária negada para peticionar ao Comitê Judicial do *Privy Council*, e, na opinião do Comitê, esta negação constituiu violação não apenas ao artigo 14(3)(d), mas também ao artigo 14(5), uma vez que efetivamente impediu-o de obter a revisão de sua condenação e sentença.²⁴¹

O direito à apelação garantido pelo artigo 8(2)(h) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos foi violado no caso *Castillo Petruzzi e outros* onde as vítimas somente puderam interpor apelação na Suprema Corte de Justiça Militar contra o julgamento de uma corte militar inferior. Como notado pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, o direito à apelação de um julgamento garantido pela Convenção “não é satisfeito meramente pela existência de uma instância superior àquela que julgou e condenou o acusado e para a qual este tem ou possa ter recurso”; ao contrário, para uma “verdadeira revisão do julgamento, no sentido necessário pela Convenção, a corte superior deve ter autoridade jurisdicional para tomar o caso particular em questão”.²⁴² Neste caso, onde as vítimas foram julgadas pela corte militar com possibilidade de apelação para a Suprema Corte de Justiça Militar, “a corte superior era parte a estrutura militar e não tinha a independência necessária para atuar como ou ser um tribunal previamente estabelecido por lei com jurisdição para julgar civis”; conseqüentemente, “não havia garantias reais de que o caso fosse reconsiderado por um tribunal superior que

²³⁷ Comunicado No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica* (Visões adotadas em 29 de março de 2000), in UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 130, par. 10.7; grifo nosso.

²³⁸ *Ibid.*, loc. cit.; grifo nosso.

²³⁹ *Ibid.*, par. 10.8.

²⁴⁰ Comunicado No. 554/1993, *R. LaVende v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1997), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 12, par. 5.8; grifo nosso.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 12-13, par. 5.8.

²⁴² *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52, p. 208, par. 161*

combinasse as qualidades de competência, imparcialidade e independência que a Convenção requer”.²⁴³

Apesar de o direito à apelação não ser garantido como tal pelo artigo 6º da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, a Corte Europeia consistentemente defende que “um Estado Contratante que estabelece um sistema de apelação deve garantir que pessoas sob sua jurisdição tenham garantias fundamentais perante as cortes de apelação” em relação a este artigo, porém “a forma de aplicação do artigo 6º a processos perante referidas cortes depende de questões especiais relativas aos processos envolvidos” e “deve ser levada em conta a totalidade dos processos na ordem jurídica nacional e o papel da corte de apelação”.²⁴⁴ Como notado anteriormente, o direito à apelação, todavia, está incluído no artigo 2º do Protocolo No. 7.

As leis internacionais de direitos humanos garantem o direito à apelação contra uma condenação. Os procedimentos da apelação devem garantir completa revisão dos fatos e do direito. Entre outros, o efetivo exercício do direito de apelação requer, minimamente, o acesso ao julgamento escrito em um período de tempo razoável. Pode requerer também a transcrição do julgamento, acesso a material de prova, e a concessão de assistência judiciária gratuita.

Não é suficiente que o direito à apelação seja exercido perante um tribunal superior; este tribunal deve ser independente e imparcial e administrar a justiça de acordo com as regras do devido processo legal.

6. O direito à compensação em caso de má administração da justiça

Dos principais tratados de direitos humanos examinados neste capítulo, somente o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos determina *expressis verbis* a compensação em caso de má administração da justiça. O artigo 14(6) determina:

²⁴³ Ibid., loc. cit.

²⁴⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, julgamento de 13 de julho de 1995, Série A, No. 316-B, p. 79, par. 59.

“Quando uma pessoa é condenada por um crime em decisão final e subsequentemente sua condenação é revertida ou se o sujeito é perdoado com base em fato novo ou recentemente descoberto que demonstra conclusivamente que houve má administração da justiça, a pessoa que sofreu a pena como resultado desta condenação deve ser indenizada de acordo com a lei, salvo se provado que a não-revelação do fato desconhecido a tempo é total ou parcialmente atribuível ao sujeito.”

Como está claro neste texto, o perdão deve ser baseado na existência de má administração da justiça, e, conseqüentemente, onde o perdão presidencial foi motivado por considerações de *equidade*, nenhuma questão relativa à compensação surge nos termos do artigo 14(6) do Pacto.²⁴⁵

Nos termos do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos uma pessoa tem o direito à compensação em caso de prova conclusiva de que ela foi vítima de má administração da justiça. A vítima não pode ter contribuído para a má administração da justiça. Perdão baseado em equidade não dá ensejo à compensação.

7. O direito a um julgamento justo e tribunais especiais

No comentário Geral No. 13, o Comitê de Direitos Humanos declarou, em relação à criação de tribunais militares e outros tribunais especiais, que

“As determinações do artigo 14 aplicam-se a todas as cortes e tribunais com o escopo deste artigo, sejam comuns ou especiais. O Comitê nota a existência, em muitos países, de tribunais militares ou especiais que julgam civis. Isso pode trazer sérios problemas no que diz respeito à equidade, imparcialidade e independência da administração da justiça. Frequentemente a razão para o estabelecimento destes tribunais é permitir que processos excepcionais sejam analisados, que não se adequam aos padrões normais da justiça. Enquanto o Pacto não proíbe estas categorias de tribunais, as condições que ele coloca claramente indicam que o julgamento de civis por estes tribunais deveria ser excepcional e em

²⁴⁵ Comunicado No. 89/1981, *P. Muhonen v. Finlândia* (Visões adotadas em 8 de abril de 1985), in UN doc. GAOR, A/40/40, pp. 169-170, par. 11.2-12.

condições que genuinamente assegurem todas as garantias estipuladas no artigo 14.”²⁴⁶

Sem explicar qual aspecto do processo não estava em conformidade com o artigo 14, o Comitê de Direitos Humanos concluiu que o Tribunal Especial de Justiça da Nicarágua (*Tribunales Especiales de Justicia*) “não oferecia a garantia de um julgamento justo determinada” naquele artigo. No caso em questão o autor foi sentenciado a 30 anos de prisão por sua manifesta crítica à orientação Marxista dos Sandinistas.²⁴⁷

Está claro na jurisprudência da Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas que as determinações do artigo 7º da Carta Africana devem ser consideradas não derogáveis e que todos os tribunais, incluindo as cortes militares, devem ser imparciais e garantir um julgamento justo a todo tempo.²⁴⁸

A Corte Inter-Americana de Direitos Humanos concluiu que os tribunais militares autorizados a julgar civis por traição no Peru violaram o artigo 8(1) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos por que eles não eram imparciais e independentes e porque, uma vez que os juízes não eram identificados, os réus não tinham possibilidade de saber a sua identidade ou verificar a sua competência.²⁴⁹

A Corte Européia de Direitos Humanos determinou em diversos casos que Cortes de Segurança Nacional que julgaram civis na Turquia não tinham a independência e imparcialidade requerida pelo artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos e não puderam, conseqüentemente, garantir aos autores o direito a uma audiência justa. A razão pela qual as Cortes de Segurança Nacional não cumpriram com os requisitos do artigo 6(1) a este respeito era que um de seus três membros era um juiz militar pertencente ao exército e sujeito à disciplina militar; além disso, o mandato dos juízes da Corte de Segurança Nacional era de apenas um período renovável de quatro anos.²⁵⁰

²⁴⁶ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 123, par. 4.

²⁴⁷ Comunicado No. 328/1988, *R. Z. Blanco v. Nicarágua* (Visões adotadas em 20 de julho de 1994), in UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 18, par. 10.4.

²⁴⁸ See e.g. *Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, Civil Liberties Organisation e outros v. Nigéria*, Comunicado No. 218/98, decisão adotada durante a 29ª Sessão Ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001, p. 3 da decisão conforme publicada em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>.

²⁴⁹ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, pp. 196-197, par. 129-134.

²⁵⁰ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Çiraklar v. Turquia, julgamento de 28 de outubro de 1998, Relatórios 1998-VII*, pp. 3072-3074, par. 37-41.

O que decorre destes exemplos de precedentes internacionais relativos a esta questão é que todos os tribunais julgando civis, sejam comuns ou especiais, incluindo tribunais militares, devem ser independentes e imparciais de forma a garantir uma audiência justa ao acusado a todo tempo.

Todas as cortes que julgarem civis, comuns ou especiais, devem a todo tempo ser independentes e imparciais e respeitar as garantias do devido processo legal.

8. O direito a um julgamento justo em emergências públicas

O direito ao devido processo em emergências públicas será tratado no Capítulo 16. É suficiente apontar aqui que, apesar de que os artigos sobre o julgamento justo do Pacto Internacional e das Convenções Americana e Européia não serem, por si, partes da lista de direitos não derogáveis nos termos do artigo 4(2) do Pacto, artigo 27(2) da Convenção Americana e artigo 15(2) da Convenção Européia, isso não significa que estas determinações possam ser derogadas voluntariamente.

Em relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos determinou no Comentário Geral No. 13 que

“Se os Estados-parte decidirem, em circunstância de emergência pública, conforme descrito no artigo 4º, derrogar os procedimentos normais definidos no artigo 14, eles deverão assegurar que as referidas derrogações não excedam aquelas estritamente necessárias pelas exigências da situação atual, e respeitar as outras condições do parágrafo 1º do artigo 14.”²⁵¹

O Comitê também deixou bastante claro que o “*direito de ser julgado por um tribunal imparcial e independente é um direito absoluto que não admite exceção*”.²⁵² Também está além de qualquer dúvida que as garantias básicas do julgamento justo

²⁵¹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 123, par. 4.

²⁵² Comunicado No. 263/1987, *M. González del Río v. Peru* (Visões adotadas em 28 de outubro de 1992), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 20, par. 5.2; grifo nosso.

existentes no artigo 14 devem ser asseguradas mesmo em situações de grave crise, apesar de o Comitê ter aceitado “que não seria possível esperar que todas as determinações do artigo 14 possam remanescer totalmente em vigor em qualquer tipo de emergência”.²⁵³ Entretanto, não está ainda definido qual aspecto, ou aspectos, do julgamento justo podem não ser aplicados em casos de emergências públicas ameaçando a vida da nação.

Tendo em vista que, como já visto acima, a Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas considerou que o artigo 7º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas deveria ser considerada não-derrogável, daí decorre que as garantias do julgamento justo ali contidas devem ser asseguradas a todo tempo.²⁵⁴

A Corte Inter-Americana enfatizou que “as garantias que tem cada pessoa trazida à julgamento devem ser não apenas *essenciais* mas também *judiciais*”, um conceito que implica no “ativo envolvimento de um órgão judicial independente e imparcial com poder para definir a legalidade das medidas tomadas em um estado de emergência”.²⁵⁵ No caso *Castillo Petruzzi* “os tribunais militares que julgaram as alegadas vítimas pelo crime de traição não cumpriram com os requisitos implícitos nas garantias de independência e imparcialidade” que o artigo 8(1) “reconhece como essenciais ao devido processo legal”.²⁵⁶ Mais detalhes sobre a interessante jurisprudência Inter-Americana relacionada ao artigo 27 da Convenção Americana serão dadas no Capítulo 16 deste Manual.

O direito a um julgamento justo deve também ser garantido em emergências públicas ameaçando a vida da nação, apesar de que possivelmente alguns aspectos dele podem ser sujeitos a uma aplicabilidade limitada.

O direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial deve ser garantido a todo tempo, incluindo em emergências públicas ameaçando a vida da nação.

²⁵³ Vide UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. I), p. 5, par. 24. Foi proposto por requisição da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias This was prompted by a request by the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities que um novo protocolo adicional seja elaborado, incluindo, inter alia, o artigo 14 na lista dos direitos não derogáveis.

²⁵⁴ Vide e.g. *Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, Civil Liberties Organisation e outros v. Nigéria, Comunicado No. 218/98, decisão adotada durante a 29ª Sessão ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001*, p. 3 da decisão conforme publicada em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>.

²⁵⁵ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, p. 197, par. 131; grifo nosso.

²⁵⁶ I b i d . , p a r . 1 3 2 .

9. Conclusões

Este capítulo explicou os principais direitos que devem ser efetivamente assegurados aos acusados na determinação de qualquer acusação penal contra eles, direitos que devem ser protegidos do começo do processo à condenação ou absolvição. Também mostrou o papel indispensável dos juízes nacionais na justa administração da justiça, papel examinado no Capítulo 4º em diante. O papel essencial dos promotores e dos advogados de defesa também foi enfatizado quando relevante.

Mas o juiz nacional não é apenas responsável por seus atos *stricto sensu*. Ele também é responsável em alguma medida pelos promotores e advogados de defesa, à extensão de que, onde o juiz tiver alguma indicação de que o promotor errou no curso do inquérito judicial pelo uso de meios ilegais de investigação, ou que o advogado de defesa não consultou devidamente o seu cliente ou simplesmente não agiu profissionalmente, o juiz tem o dever de intervir para corrigir estes erros e insuficiências, uma vez que referida ação deve ser essencial a fim de garantir uma audiência justa e a igualdade de armas entre a acusação e a defesa.

Os direitos tratados neste capítulo são muitos e é difícil, ou até impossível, particularizar alguns como sendo mais importantes que outros. Estes direitos de fato compõem um todo, e juntamente com os direitos tratados nos capítulos 4º e 6º, constituem a base em que uma sociedade que respeita os direitos humanos em geral, incluindo a regra legal, se funda.

