

Diogo Malan: Advocacia criminal e direitos humanos

Uma das lacunas na produção científica brasileira é a questão da tutela da advocacia criminal pelo sistema internacional dos direitos humanos. Com efeito, os estudos pátrios sobre advocacia criminal adotam perspectiva reducionista, focando no âmbito normativo doméstico (artigo 133 do texto magno e Lei nº 8.906/94).

Spacca



Esse enfoque é reducionista, excluindo importantes aportes hauridos

de declarações e normas convencionais, além da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos. Assim, tentarei resumir as principais fontes internacionais que tutelam a advocacia criminal.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), há os "Princípios básicos sobre o papel dos Advogados", de 1990. A função desses princípios é auxiliar os Estados-membros na tarefa de promover e assegurar o adequado papel dos advogados, devendo ser respeitados e levados em consideração na estruturação das legislações domésticas.

Essa declaração de princípios é dividida em oito tópicos, relativos: I) ao acesso à assistência jurídica; II) às proteções especiais na Justiça criminal; III) às qualificações e treinamento; IV) aos deveres e responsabilidades; V) às garantias; VI) à liberdade de expressão e associação; VII) às associações profissionais; VIII) aos procedimentos disciplinares.

Quanto às proteções especiais na Justiça criminal (quinto ao oitavo princípios), a declaração em apreço impõe aos Estados-membros o dever de assegurar que todos os presos, ou acusados da prática de infração penal, sejam informados pela autoridade competente do seu direito à assistência de defensor livremente constituído.

Os presos ou acusados sem advogado, quando os interesses da Justiça demandarem, têm direito à designação de defensor dativo com competência e experiência proporcionais à natureza da infração penal, para propiciar defesa técnica *efetiva* e de forma *gratuita*.

Ademais disso, o preso (formalmente acusado ou não) tem direito: I) ao pronto acesso à assistência jurídica, no máximo 48 horas após sua prisão; II) a oportunidades, tempo e instalações adequadas para ser visitado por advogado e se comunicar ele *sem atraso, interceptação, nem censura, e em plena confidencialidade*. Essa comunicação pode ser feita dentro do campo *visual* de agentes policiais, mas não no seu campo *auditivo*.

Quanto aos deveres e responsabilidades (décimo segundo ao décimo quinto princípio), o advogado deve manter a todo tempo a honra e dignidade da sua profissão, como agente essencial ao sistema de administração da Justiça.

Seus deveres junto ao cliente incluem: I) aconselhamento sobre direitos e deveres legais, além do funcionamento do sistema de administração da justiça; II) assistência de todas as formas apropriadas, e adoção das medidas necessárias para proteger seus interesses; III) assistência perante cortes e autoridades administrativas; IV) respeito aos interesses do cliente.

O advogado, ao exercer seu *múnus*, deve apoiar os direitos humanos consagrados na legislação internacional e doméstica, além de agir com diligência, liberdade e de acordo com os standards deontológicos da profissão.

No que tange às garantias (décimo sexto ao vigésimo segundo princípio), os Estados-membros devem assegurar que o advogado: I) desempenhe sua função sem intimidação, obstáculo, assédio ou interferência indevida; II) viaje e entreviste clientes, no seu próprio país e no exterior; III) não sofra, ou seja ameaçado de sofrer, perseguição penal ou sanções administrativas, econômicas etc. por condutas de acordo com padrões éticos.

Quando a segurança do advogado estiver ameaçada, em razão do exercício do seu *múnus* profissional, ele deve ser adequadamente protegido pelas autoridades públicas.

O advogado não pode ser identificado com seus clientes, nem com as causas de seus clientes, como resultado do desempenho de suas funções.

Nenhuma corte ou autoridade administrativa pode deixar de reconhecer o direito de comparecimento do advogado, exceto se ele estiver impedido de acordo com a legislação doméstica.

O advogado tem imunidade (civil e penal) em razão de suas declarações de boa-fé e relevantes, em manifestações escritas ou orais, ou durante comparecimentos perante tribunais ou autoridades administrativas.

As autoridades competentes têm dever de assegurar o acesso do advogado a arquivos, documentos e informações em sua posse, na oportunidade mais breve possível, para permitir assistência jurídica efetiva ao cliente.

Por fim, os Estados-membros devem respeitar a confidencialidade de todas as comunicações entre advogado e cliente.

Outro documento importante da ONU é a "Declaração sobre Defensores de Direitos Humanos", aprovada pela Assembleia Geral em 1998.

Esse documento visa à tutela dos defensores de direitos humanos no exercício de suas atividades profissionais, articulando seus direitos com normas convencionais (v.g. do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), de sorte a facilitar a sua aplicação prática [\[1\]](#).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem importantes precedentes sobre os direitos convencionais do advogado.

No caso *Morice vs. França*, foram examinados os limites do direito do advogado à liberdade de expressão (artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) [\[2\]](#).

Nesse ensejo, o TEDH proclamou que o advogado desempenha papel fundamental na engrenagem processual, atuando como intermediário entre o público e as cortes. Assim, para que a sociedade tenha confiança no sistema de administração da Justiça, ela precisa confiar na habilidade do advogado de propiciar ao cliente defesa técnica efetiva.

O regime jurídico especial do advogado implica deveres éticos de discrição, honestidade e dignidade, além de direitos exclusivos, dentre os quais a liberdade de expressão perante os tribunais.

Tal liberdade engloba tanto o *conteúdo* das manifestações escritas e orais do advogado, quanto sua *forma*. Assim, o advogado tem direito a fazer comentários públicos criticando a forma da administração da Justiça, desde que ele não ultrapasse certos limites éticos e legais.

A liberdade de expressão do advogado está relacionada à sua independência profissional, considerada *crucial para o efetivo funcionamento da justa administração da justiça*. A restrição à liberdade de expressão do defensor só pode ser caracterizada como *necessária em uma sociedade democrática* em circunstâncias excepcionais.

Não obstante, deve ser feita clivagem entre a manifestação advocatícia feita dentro ou fora do tribunal.

No primeiro caso, as garantias do julgamento justo e da defesa técnica efetiva militam a favor de maior grau de aspereza da argumentação, pela necessidade de crítica ao comportamento do julgador, ou da parte adversa. Isso principalmente quando as críticas incisivas não são repetidas fora do tribunal.

Já no segundo caso, a liberdade de expressão do advogado é mais limitada. O advogado pode fazer, com prudência, declarações públicas sobre caso midiático, inclusive sobre informações sigilosas que já estão na posse dos *media*. Entretanto, o advogado não pode dar declarações sem base factual consistente, nem que consistam em ataque pessoal gratuito.

Há diversos outros precedentes do TEDH sobre a importância da tutela dos direitos convencionais do advogado, como meio de assegurar o direito fundamental do cliente ao julgamento justo e equitativo (artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) [3].

Por sua vez, a Recomendação nº R(2000)21, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, versa sobre a liberdade do exercício profissional do advogado.

Seu primeiro dispositivo regula os *princípios gerais*, que abarcam: O) o dever de adoção das medidas necessárias para fomentar e proteger a liberdade de atuação profissional, sem discriminação nem interferência imprópria de autoridades públicas; II) a competência de autoridade independente para deferir a habilitação profissional, com revisão por autoridade judicial independente e imparcial; III) as liberdades de associação, crença, expressão, locomoção, reunião e participação nos debates públicos; IV) a imunidade às pressões e sanções em decorrência de atuação profissional de acordo com padrões éticos; V) o acesso ao cliente, especialmente o preso, para poder prestar-lhe consultoria reservada; VI) a adoção das medidas necessárias para proteger a confidencialidade da relação advogado-cliente, cujas restrições devem ser compatíveis com a *rule of law* [4]; VII) o direito de acesso do advogado ao tribunal e aos arquivos relevantes; VIII) o direito ao tratamento judicial isonômico dos advogados atuantes no mesmo caso.

O *Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)* promulgou a "Carta Europeia de Princípios Fundamentais da Profissão Legal" em 2006, contendo dez princípios comuns a todos os advogados europeus: I) independência e liberdade para defender os interesses do cliente; II) direito e dever de manter a confidencialidade dos segredos do cliente; III) evitação de conflitos de interesses entre clientes diversos, ou entre advogado e cliente; IV) dignidade e honradez da profissão legal, e integridade e boa reputação do advogado individual; V) lealdade ao cliente; VI) tratamento justo de clientes, em relação aos honorários profissionais; VII) competência do advogado; VIII) respeito a colegas de profissão; IX) respeito à *rule of law* e à justa administração da justiça; X) autorregulação da profissão legal.

Por outro flanco, no sistema interamericano de direitos humanos os direitos convencionais do advogado são objeto de grande preocupação, havendo sucessivos relatórios alertando sobre os riscos da criminalização dos defensores de direitos humanos [5].

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *caso Fleury e outros vs. Haiti*, consignou que o dever dos Estados-membros de criar condições para a efetiva fruição dos direitos convencionais está intrinsecamente ligado à proteção da função exercida pelos defensores. O papel destes é fundamental para a consolidação da democracia e do Estado de Direito. Além disso, as atividades (de crítica construtiva, denúncia, fiscalização, impugnação etc.) desempenhadas pelo defensor contribuem, de forma decisiva, para a observância dos direitos convencionais [6].

Nessa toada, a defesa dos direitos convencionais só pode ser livremente exercida quando seus artífices não são vítimas de ameaças, agressões (físicas ou psicológicas), hostilidades etc.

Para tais efeitos, os Estados-membros têm o dever de adotar medidas essenciais de proteção da vida e integridade (física e psicológica) dos defensores contra a violência, gerando condições necessárias para a erradicação desses atos violentos. Além disso, as infrações penais praticadas contra defensores devem ser investigadas de forma eficaz, combatendo-se a impunidade.

Em sentido semelhante, há diversos precedentes da Corte de San José da Costa Rica [7].

Apesar da natureza imprecisa do conceito de *defensor de direitos humanos* [8], é recomendável interpretação extensiva que inclua o defensor técnico do acusado da prática de infração penal.

Segundo David Luban, todo advogado é defensor da dignidade da pessoa natural, ao atuar como porta-voz do cliente, evitando que ele seja humilhado, ignorado ou silenciado [9].

Nesse sentido, o advogado criminalista também é defensor de direitos humanos.

Ante o exposto, é lícito concluir que o sistema internacional de direitos humanos tutela direitos convencionais do advogado, enriquecendo os contributos ofertados pelo artigo 133 do texto magno e pela Lei nº. 8.906/94.

À luz do princípio *pro homine*, quando se trata de *reconhecer direito*, dentre diversas normas constitucionais, convencionais e legais sobrepostas, deve ser aplicada a que tenha âmbito de proteção *mais amplo*, ou comporte interpretação *mais extensiva*.

Da mesma forma, quando se cuida de *restringir* ou *suspender extraordinariamente direito*, deve ser aplicada a norma *menos invasiva*, ou que comporte interpretação *mais restritiva* [10].

[1] BENNETT, Karen *et alii*. Critical perspectives on the security and protection of human rights defenders, In: The International Journal of Human Rights, v. 19, n. 07, pp. 883-895, 2015.

[2] TEDH, *caso Morice vs. França*, sentença de 23 de abril de 2015, §§ 132-139.

[3] TEDH, *caso Schöpfer vs. Suíça*, sentença de 20 de maio de 1998, §§ 29-34; TEDH, *caso Nikula vs. Finlândia*, sentença de 21 de junho de 2002, §§ 44-46; TEDH, *caso Steur vs. Países Baixos*, sentença de 28 de janeiro de 2004, §§ 35-46; TEDH, *caso François vs. França*, sentença de 23 de julho de 2015, § 51.

[4] Essa expressão é imprecisa, polissêmica e de difícil tradução. Jeremy Waldron aponta que, na família jurídica anglo-americana, ela traduz ideia da submissão do exercício de poder pelas autoridades públicas ao ordenamento jurídico (e não preferências pessoais, ideologias, códigos morais etc.). Não obstante, tal conceito também engloba a certeza, determinação e previsibilidade das normas jurídicas, além da sua

aplicação e interpretação judicial de modo confiável (WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law, In: Georgia Law Review, v. 43, n. 01, pp. 01-61, 2008).

[5] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos. Washington: OEA, 2015.

[6] CIDH, caso *Fleury e outros vs. Haiti*, sentença de 23 de novembro de 2011, §§ 80-81.

[7] CIDH, caso *Nogueira de Carvalho vs. Brasil*, sentença de 28 de novembro de 2006, §§ 74-77; CIDH, caso *Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*, sentença de 27 de novembro de 2008, §§ 87-91; CIDH, caso *Escher e outros vs. Brasil*, sentença de 06 de julho de 2009, § 172.

[8] EGURÉN FERNÁNDEZ, Luis Enrique; PATEL, Champa. Towards developing a critical and ethical approach to better recognising and protecting human rights defenders, In: The International Journal of Human Rights, v. 19, n. 07, pp. 896-907, 2015.

[9] LUBAN, David. Lawyers as upholders of human dignity (when they aren't busy assaulting it), In: University of Illinois Law Review, n. 2005, pp. 815-845, 2005.

[10] PINTO, Mónica. El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, In: ABREGÚ, Martín, COURTIS, Christian (Orgs.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, pp. 163-172. Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

Date Created

09/09/2020