

INTERVENÇÃO DO JUIZ CONSELHEIRO DR. IRENEU CABRAL BARRETO

O Advogado perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

I

O Conselho da Europa

Criado após o fim da Segunda Guerra Mundial, o Conselho da Europa é uma organização internacional com sede em Estrasburgo, França, que pretende acolher, no seu seio, todos os Estados que reconheçam o princípio da preeminência do direito e aceitem que qualquer pessoa sob a sua jurisdição goze dos direitos do homem e das liberdades fundamentais - artigo 3º do seu Estatuto.

Efectivamente, apenas o Estado capaz de observar estes princípios pode vir a ser membro do CE – artigo 4.º do Estatuto.

Para se tornarem membros do CE, os Estados comprometem-se a respeitar determinados valores e princípios, tais como, entre outros, a liberdade individual, a liberdade política e os que decorrem de toda a verdadeira democracia.

Portugal só após a implantação da democracia, com a aprovação da Constituição e a realização de eleições livres, se tornou membro do CE a 22 de Setembro de 1976.

Ao longo dos anos, outros Estados se juntaram ao CE; com a abertura aos Países da Europa central e oriental, a vocação pan-europeia deixou de ser um sonho para se tornar uma realidade próxima.

Actualmente, fazem parte do Conselho da Europa, 46 países, englobando todo o continente europeu, incluindo a Geórgia, a Arménia e o Azerbaijão; apenas a Bielo-Rússia continua à espera da transformação do seu regime num sentido compatível com aquelas exigências.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem

No seio do CE, no campo de acção específico da promoção, defesa e garantia dos Direitos do Homem, enquadra-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), apostada em dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resuma os valores políticos e culturais das democracias ocidentais.

Assinada em Roma a 4 de Novembro de 1950, a CEDH entrou em vigor no dia 3 de Setembro de 1953, data do depósito do 10.º instrumento de ratificação ⁽¹⁾.

À CEDH vieram juntar-se 14 Protocolos, alguns acrescentando-lhe novos direitos (Protocolos n.ºs 1, 4, 6, 7, 12 e 13), outros introduzindo modificações na competência, estrutura e funcionamento dos seus órgãos de controlo (Protocolos n.ºs 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 e 14).

A CEDH consagra uma série de direitos e liberdades civis e políticos que se poderiam dizer já explicitados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

¹⁾ Portugal depositou o seu instrumento de ratificação a 9 de Novembro de 1978.

Aliás a CEDH inspirou-se largamente nos trabalhos preparatórios do futuro Pacto das Nações Unidas sobre os direitos civis e políticos, salvaguardando, entre outros o direito à vida, a proibição da tortura, o direito à liberdade e à segurança, o direito a um processo equitativo, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, o direito à liberdade de expressão, de reunião e de associação, o direito à protecção da propriedade, à instrução e a eleições livres.

E se, numa aproximação preliminar, poder-se-ia entender que a CEDH se limitava a consagrar um catálogo mínimo de direitos fundamentais civis e políticos, porventura satisfatórios em 1950 mas incapazes de responder aos desafios da actualidade, a verdade é que não se pode esquecer o esforço de actualização realizado proficuamente pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Tribunal) que permite ver consagradas na CEDH matérias porventura inimagináveis pelos seus redactores, como, por exemplo, o direito a um ambiente sadio.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

A CEDH adoptou inicialmente um sistema tripartido - a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (Comissão), o Tribunal e o *Comité* de Ministros - que garantia a aplicação de um conjunto de direitos e liberdades fundamentais para todos os indivíduos vivendo sob a jurisdição dos Estados membros.

Com o Protocolo nº 11, que entrou em vigor a 1 de Novembro de 1998, regressou-se a uma ideia original de jurisdicinalização total do sistema, extinguindo-se a Comissão e confiando-se a um órgão permanente, o Tribunal, o exame de todas as queixas por alegadas violações dos direitos e liberdades consagrados na CEDH.

Esta reforma culmina uma evolução inimaginável à época na protecção dos direitos do homem, onde dominava a ideia de que o direito internacional era uma questão que interessava a uma meia centena de Estados absolutamente soberanos.

O indivíduo era então considerado não como um sujeito, mas apenas como objecto do direito internacional, defendido ao nível diplomático pelo Estado de que era cidadão.

Com este novo sistema, o indivíduo, vítima de violações de direitos e liberdades fundamentais por parte de um Estado parte na CEDH, pode dirigir-se, em plena liberdade e igualdade, ao Tribunal, solicitando uma decisão obrigatória que venha repor ou reparar a situação violada.

a) Composição e orgânica do Tribunal

1. O Tribunal compõe-se de um número de juizes igual ao número de Altas Partes Contratantes - art. 20º da CEDH; actualmente 45, aguardando-se a eleição do Juiz por parte do Mónaco, último Estado a juntar-se ao Conselho da Europa.

O número de membros do Tribunal é assim determinado pelo dos Estados membros que ratificaram a *CEDH*.

Se, por qualquer razão, um Estado deixa de ser parte na *CEDH*, o mandato do membro eleito relativamente a esse Estado termina.

Nos termos do art. 22º da CEDH, os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

Os juízes exercem a suas funções a título individual, com independência e imparcialidade; não são representantes dos Estados de onde são originários ou em nome de quem tenham sido eleitos nem deles dependentes.

2. As queixas apresentadas ao Tribunal são examinadas por *comités*, secções ou em tribunal pleno - nº 1 do art. 26º da CEDH.

Os *comités* são compostos por três juízes, com poderes para declarar, por unanimidade, inadmissível ou arquivar uma queixa quando essa decisão não suscite qualquer dificuldade.

As secções são compostas por sete juízes que examinam, quanto à admissibilidade e quanto ao fundo, as queixas que não forem rejeitadas pelos *comités*.

O tribunal pleno, composto por 17 juízes efectivos, tem as suas atribuições definidas no artigo 31º da CEDH.

Descontando a competência para emitir pareceres, nos termos do art. 47º da CEDH, o tribunal pleno, composto de 17 juízes, não possui uma competência originária.

A sua competência para examinar as queixas pressupõe um exame prévio ao nível de uma das secções, quer se trate de queixas interestaduais quer se trate de queixas individuais.

Esta intervenção do tribunal pleno será examinada oportunamente.

b) Competência *ratione personae, materiae, temporis e loci*

O TEDH para receber e examinar as queixas sofre de limitações de competência *ratione personae, ratione materiae, ratione temporis e ratione loci*.

1. A competência do Tribunal é desde logo limitada *ratione personae*.

Só pode queixar-se ao Tribunal a pessoa física, a organização não governamental ou o grupo de particulares que se pretenda vítima de uma violação por um dos Estados Contratantes dos direitos ou liberdades reconhecidos pela CEDH.

A CEDH não admite a acção popular; um requerente não pode queixar-se em nome da população em geral ⁽²⁾.

Mas basta que alguém se pretenda vítima para adquirir o direito a queixar-se, mesmo que a análise posterior venha a evidenciar o contrário; resta ao Tribunal examinar se o requerente, supondo que a violação existe, pode ser considerado vítima, tendo assim legitimidade para apresentar a queixa.

2. As organizações não governamentais aqui assinaladas são as organizações de direito privado, as *personas colectivas* de direito privado, para utilizar a terminologia do nosso Código Civil.

²⁾ Decisão da Comissão de 13 de Janeiro de 1997, Queixa n.º 22057/93, *Décisions et Rapports (Déc. Rap)*, 88-A, p. 17.

Serão *organizações governamentais* as que prosseguem objectivos da administração pública ⁽³⁾.

As *organizações governamentais*, mesmo locais, não podem ser consideradas vítimas; assim, uma câmara municipal ou uma *ordem*, quando de direito público, não podem apresentar queixas ⁽⁴⁾.

As organizações não governamentais que possam, elas próprias, apresentar-se como vítimas têm legitimidade para a queixa, carecendo-a em relação às violações que afectem directamente os seus associados, salvo se oferecerem prova de que receberam específicas instruções de cada um deles nesse sentido e apresentarem poderes de representação ⁽⁵⁾.

3. A noção de *vítima* deve ser entendida de uma forma autónoma, independentemente do modo como a legislação interna regula o interesse ou a qualidade para agir ⁽⁶⁾.

Tende-se a aproximar a noção de *vítima* da de *parte lesada* a que alude o artigo 41º, embora a qualidade de vítima seja independente de existir ou não prejuízo ⁽⁷⁾.

4. Nos casos em que há uma ligação particular e pessoal com a vítima, (mas não exclusivamente por laços familiares), admite-se a apresentação de queixa, em nome próprio, por aqueles que se considerem «vítimas indirectas», isto é, que possam alegar que a violação lhes causou um prejuízo ou que têm interesse pessoal válido em que seja posto termo à violação; assim, os pais e os irmãos podem apresentar-se como vítimas afectadas pela morte do seu parente ⁽⁸⁾.

5. O autor da violação deve ser o Estado, através de um dos seus órgãos ou agentes que agiu ou deixou de agir contra o que impunha a *CEDH*.

O Tribunal não é competente *ratione personae* para examinar processos ou decisões de órgãos da União Europeia, ou de outras organizações internacionais, pois estas não são parte na *CEDH*.

Porém, um Estado Contratante é responsável pelos actos dos seus órgãos ou agentes, sejam eles efectuados de acordo com o direito interno ou no respeito de obrigações internacionais.

Se a *CEDH* não proíbe a transferência de poderes de uma Alta Parte Contratante para uma organização internacional, desde que nesta os direitos fundamentais recebam uma equivalente protecção, a Alta Parte continua responsável por qualquer violação decorrente dessa transferência.

Por isso, o Tribunal interessa-se pelos os actos das organizações internacionais, sobretudo para verificar se a análise da compatibilidade desses actos com os direitos consagrados na *CEDH* foi devidamente realizada pelos órgãos de controlo existentes nessas organizações ⁽⁹⁾

³⁾ Acórdão Santos Mosteiros, de 9 de Dezembro de 1994, A 301-A, p. 28, § 49.

⁴⁾ Decisão da Comissão de 28 de Junho de 1995, Queixas n.ºs 26114/95 e 26455/95, *Déc. Rap.* 82-A, p. 150. É duvidoso que esta jurisprudência valorize devidamente a autonomia do poder local.

⁵⁾ Decisão da Comissão de 14 de Janeiro de 1998, Queixas n.ºs 32200/96 e 32201/96, *Déc. Rap.* 92-A, p. 92.

⁶⁾ Decisões da Comissão de 5 de Fevereiro de 1990, Queixa n.º 11 724/85 (Mendes Godinho e Filhos/Portugal), *Déc. Rap.* 64, p. 72, e de 15 de Janeiro de 1998, Queixa n.º 26536/95, *Déc. Rap.* 92-A, p. 27.

⁷⁾ Acórdão Balmer-Schafroth e outros, de 26 de Agosto de 1997, Recueil des Arrêts et des Décisions (R) 97-IV, n.º 43, p. 1356, § 26, e Decisão da Comissão de 28 de Fevereiro de 1994, Queixa n.º 18 997/91, *Déc. Rap.* 76-A, p. 65.

⁸⁾ Decisão da Comissão de 25 de Fevereiro de 1997, Queixa n.º 26561/95, *Déc. Rap.* 88-A, p. 72.

⁹⁾ Acórdão Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi, de 30 de Junho 2005, ainda não publicado.

6. Para além da competência *ratione personae*, vejam-se, em seguida, as competências *ratione materiae*, *temporis* e *loci*.

6.1. O Tribunal está limitado *ratione materiae*, isto é, só é competente para examinar as queixas relativas aos direitos e liberdades consagradas na *CEDH* e nos seus Protocolos e ainda às obrigações assumidas pelos Estados sobre a aplicação da *CEDH*.

Note-se primeiro que nem todos os Estados Partes ratificaram os Protocolos e que, pelo mecanismo das reservas, os compromissos assumidos podem diferir de Estado para Estado.

O requerente está dispensado de indicar, na sua queixa, o ou os artigos violados; o Tribunal faz officiosamente essa investigação e pode relevar violações que não foram apontadas na queixa ⁽¹⁰⁾.

6.2. De acordo com um princípio geral, consagrado no artigo 28.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a competência do Tribunal, *ratione temporis*, para conhecer das queixas define-se a partir do depósito do instrumento de ratificação da *CEDH* ⁽¹¹⁾.

Note-se que o Protocolo n.º 11 terminou com a necessidade de reconhecimento do direito de queixa e com a declaração de aceitação da jurisdição do Tribunal; a competência do Tribunal tornou-se obrigatória pelo simples facto de ter-se ratificado a *CEDH*.

O princípio geral de que o Tribunal é competente para conhecer das queixas por violações cometidas a partir da data da ratificação da *CEDH* deve ser visto com cautelas perante actos instantâneos de efeitos duráveis ou situações contínuas de violação.

Perante os efeitos duráveis de actos instantâneos ocorridos antes da ratificação, afirma-se a incompetência do Tribunal ⁽¹²⁾.

Perante situações contínuas, afirma-se a competência do Tribunal.

Nem sempre será fácil distinguir os efeitos duráveis das situações contínuas.

Há situação contínua, e o Tribunal é competente, se a disposição da *CEDH* garante o gozo de uma certa situação e o requerente se queixa de que se viu impedido de usufruir dessa situação durante um certo período de tempo ⁽¹³⁾.

Note-se que, tratando-se de um processo judicial, o Tribunal será seguramente competente para apreciar a conformidade dos actos, incluindo o julgamento final, que ocorram após a ratificação ⁽¹⁴⁾.

6.3. O Tribunal é seguramente competente *ratione loci* para conhecer os factos que, podendo constituir uma violação da *CEDH*, teriam sido cometidos nos territórios onde ela se aplica ⁽¹⁵⁾.

¹⁰⁾ Acórdão Guzzardi, de 6 de Novembro de 1980, A 39, pp. 21-23, §§ 58-63.

¹¹⁾ Decisão da Comissão de 16 de Janeiro de 1996, Queixa n.º 23380/94, *Déc. Rap.* 84-A, p. 46.

¹²⁾ Acórdão Kefalas e outros, de 8 de Junho de 1995, A 318, p. 19, § 45.

¹³⁾ Ricardo Passos, "A Comissão Europeia dos direitos do Homem", in *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n.º 22, p. 287.

¹⁴⁾ Decisão da Comissão de 2 de Fevereiro de 1996, Queixa n.º 24086/94, *Déc. Rap.* 87-A, p. 53.

¹⁵⁾ Segundo o art. 56 da *CEDH*, esta aplica-se, em princípio, apenas aos territórios metropolitanos dos Estados contratantes.

Esta regra geral que decorre do artigo 29.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, deve ser conjugada com o disposto no artigo 1.º da *CEDH* que garante a protecção a todos os que se encontrem sob a jurisdição do Estado e impõe o seu respeito aos órgãos interiores ou exteriores do Estado.

Assim, os representantes diplomáticos e consulares, no exercício das suas funções, podem acarretar a responsabilidade do Estado respectivo face à *CEDH* ⁽¹⁶⁾.

E o mesmo se diga relativamente aos militares, pois os Estados Contratantes estão obrigados a assegurar os direitos e obrigações garantidos a todas as pessoas que relevam da sua autoridade ou responsabilidade, quer essa autoridade se exerça no seu território ou no estrangeiro ⁽¹⁷⁾.

Sobre a eficácia extraterritorial da *CEDH*, o Tribunal afirmou que um Estado não pode exercer concretamente a sua jurisdição sobre um território de um outro Estado sem o consentimento, o convite ou a aquiescência deste último, salvo se o primeiro for um Estado ocupante, caso em que se pode considerar que ele exerce a sua jurisdição sobre o território, ao menos para determinados efeitos.

E o Tribunal tem aceite a sua competência extra-territorial quando o Estado em causa, através de um controlo efectivo por ele exercido sobre um território exterior às suas fronteiras e sobre os seus habitantes, assume um conjunto ou alguns dos poderes públicos que relevam normalmente das prerrogativas do Governo local ⁽¹⁸⁾.

6. 4. Os Estados não podem dificultar o exercício do direito de queixa, ou seja, o direito do requerente de apresentar a queixa e de defender efectivamente a sua causa perante o Tribunal, comunicando, livre de qualquer pressão, com este e com os seus advogados para preparar e acompanhar a queixa ⁽¹⁹⁾.

Por pressão deve entender-se não apenas a coacção directa e os actos de intimidação aos declarados ou potenciais requerentes, da sua família ou dos seus representantes, mas também os actos ou contactos indirectos e de má fé tendendo a dissuadi-los ou a desencorajá-los de se prevalecerem do recurso oferecido pela *CEDH* ⁽²⁰⁾.

Os Estados devem ainda fornecer as facilidades necessárias a permitir o exame eficaz da queixa, nomeadamente no estabelecimento dos factos através dos inquéritos ⁽²¹⁾.

c) Os acórdãos: a execução dos acórdãos e a sua influência na ordem interna dos Estados membros

Porém, os Estados contratantes podem, mediante declaração, alargar a aplicação da *CEDH* aos territórios cujas relações internacionais asseguram; a *CEDH* será, então, aplicada nesses territórios tendo em conta as «necessidades locais».

¹⁶⁾ Decisão da Comissão de 14 de Outubro de 1992, Queixa n.º 17392/90, *Déc. Rap.* 73, p. 193.

¹⁷⁾ Relatório da Comissão de 4 de Outubro de 1983, Chipre/Turquia, Queixa n.º 8007/7, *Déc. Rap.* 72, p. 5, e Decisão da Comissão de 4 de Março de 1991, Queixas n.ºs 15 299/89, 15 300/89 e 15 318/89, *Déc. Rap.* 68, p. 216.

¹⁸⁾ Decisão do Tribunal de 12 de Dezembro de 2001, (Caso Banković), Queixa n.º 52207/99, R01-XII, págs. 339 e segs, e Acórdão Ilascu e outros, de 8 de Julho de 2004 (ainda não publicado).

¹⁹⁾ Acórdão Assenov, de 28 de Outubro de 1998, R98-VIII, n.º 96, p. 3303, § 169.

²⁰⁾ Acórdão Assenov, R98-VIII, n.º 96, p. 3304, § 170.

²¹⁾ Acórdão Tanrikulu, de 8 de Julho de 1999, § 70.

A supervisão da execução dos Acórdãos do Tribunal compete ao Comité de Ministros - art. 46º, nº 2 da CEDH.

Os acórdãos constituem caso julgado entre as partes no processo; os Estados devem conformar-se com os acórdãos do Tribunal, que eles devem executar de voluntária e de boa fé.

Com efeito, a um Estado que, depois de ter aceite voluntariamente um sistema jurisdicional externo para a protecção de direitos fundamentais, recusasse finalmente a eficácia deste, sob o pretexto de conflitos constitucionais ou outros, faltaria coerência; os juízes nacionais devem aliás procurar uma interpretação da Constituição tornando possível uma espécie de integração do sistema nacional na CEDH tendo em vista as decisões do Tribunal.

O Acórdão do Tribunal obriga apenas o Estado parte no processo; o princípio da relatividade do caso julgado aplica-se portanto aos acórdãos do Tribunal.

Todavia, isto não impede que os acórdãos do Tribunal, ao interpretarem as disposições da CEDH, tenham uma autoridade específica que toca a todos aos Estados.

O Tribunal sublinhou que os seus acórdãos servem não apenas para julgar o caso concreto, mas mais largamente, para clarificar, salvaguardar e desenvolver as normas da Convenção e contribuir assim para o respeito pelos Estados dos compromissos que eles assumiram na qualidade de Partes contratantes ⁽²²⁾.

A interpretação da Convenção feita pelo Tribunal deve ser considerada como fazendo corpo com ela; pode assim dizer-se que não são os acórdãos do Tribunal que têm autoridade sobre os Estados membros que não foram parte no processo, mas antes a CEDH ela mesma tal como interpretada pelo Tribunal.

Se é verdade que o acórdão do Tribunal não tem eficácia *erga omnes*, um Estado parte deve ter boas razões para se afastar da linha definida no acórdão, pois, em caso semelhantes futuros, ele deve esforçar-se por convencer o Tribunal a mudar de jurisprudência, o que não se apresenta fácil.

Como consequência desta aproximação das ordens jurídicas e da jurisprudência nacional à jurisprudência de Estrasburgo, haverá como que uma espécie de harmonização do direito interno dos Estados membros da CEDH que assim serão aproximados.

Por tudo isto, a Convenção e a sua jurisprudência são descritas, a este nível, como o embrião de uma futura “*Constituição europeia*” e que o futuro pode confirmar o papel do Tribunal como uma espécie de Tribunal constitucional europeu ⁽²³⁾, tudo isto sem prejuízo de as especificidades próprias dos Estados e dos sistemas serem devidamente acauteladas.

Como se sabe, para além dos chamados direitos absolutos, contemplados no nº 2 do art. 15º da Convenção (direito à vida, proibição da tortura, da escravidão, e o princípio da legalidade dos crimes e das penas), nos Protocolos 6 e 13 (pena de morte) e no Protocolo 7 (*ne bis in idem*) e que não admitem qualquer espécie de derrogação, os Estados membros têm, na defesa do seu interesse geral, uma certa margem de manobra quando actuam relativamente aos direitos e liberdades garantidos na CEDH.

Desde que a essência do direito não seja posta em causa, a jurisprudência de Estrasburgo tem admitido aos Estados, nomeadamente no conflito entre interesse geral e interesse do

²²⁾ Acórdão Irlanda/Royaume Uni, du 18 janvier 1978, A 25, p. 62, § 154.

²³⁾ R. St. J. Macdonald, « Supervision of the Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights », in « Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos - Droit et justice », Pedone, Paris, 1999, p. 417 e seguintes, maxime, p. 435 ; ver, também, Evert Albert Alkema, «The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court», in Mélanges à la mémoire de Roly Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KGpp, Köln, 2000, pp. 41 e seguintes, e Henry Schermers, «A European Supreme Court», Mélanges à la mémoire de Roly Ryssdal, pp. 1271 e seguintes.

indivíduo, uma margem de apreciação mais ou menos larga, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Uma aplicação concreta destas ideias pode ser vista no Acórdão Casado Coca, a analisar de seguida.

II

O advogado como queixoso

a) As condições de exercício da profissão

Se é, em regra, como representante do queixoso alegadamente vítima de violações dos direitos e liberdades inscritos na CEDH que o advogado se apresenta perante o Tribunal, acontece que, por vezes, o advogado, ele próprio, no exercício da sua profissão ou por causa dela, se sente vítima e como tal se apresenta perante o Tribunal.

Se os requisitos formais de apresentação da queixa e o seu desenvolvimento processual não sofrem aqui qualquer distorção, a singularidade não só desta situação, mas também e sobretudo o facto de os principais destinatários destas palavras serem advogados, me incita a abordar com a brevidade necessária, algumas destas situações.

i) A publicidade do exercício da profissão (Acórdão Casado Coca);

A primeira, que me permite também voltar a precisar a chamada «margem de apreciação» dos Estados, relaciona-se com a possibilidade ou não de os advogados fazerem publicidade da sua actividade através dos *media* ou através de outro meio adequado, e foi analisada no Acórdão Casado Coca ⁽²⁴⁾.

Casado Coca, advogado em Barcelona, depois do início da sua actividade em 1979, fez publicar anúncios em diversos jornais e revistas e enviou a diversas empresas cartas propondo os seus serviços.

Sujeito a processos disciplinares que lhe aplicaram penas ligeiras, não as atacou nos tribunais competentes.

A partir de 1982, os anúncios relativos ao seu escritório passaram a surgir num Boletim, indicando o nome, com a menção de «jurista», assim como a direcção e o telefone profissionais.

O Conselho da Ordem de Advogados de Barcelona instaurou-lhe um processo disciplinar que terminou com uma advertência escrita.

Depois de esgotar os recursos internos que deixaram intocada a sanção, Casado Coca queixou-se a Estrasburgo, na altura à Comissão, que aceitou a queixa relativa a uma eventual violação do artigo 10º da CEDH (liberdade de expressão).

A Comissão decidiu, por 9 contra 9, com o voto preponderante do presidente, por uma violação deste artigo 10º.

Outra foi a conclusão do Tribunal.

²⁴⁾ De 24 de Fevereiro de 1994, Série A, nº 285-A.

Para o Tribunal, a sanção aplicada ao queixoso, traduzia-se sem dúvida numa ingerência na sua liberdade de expressão, mas esta ingerência, estando prevista na lei, prosseguia um fim legítimo, nomeadamente os direitos do público e o dos membros da Ordem, que sempre admitiram que a publicidade era incompatível com a dignidade da profissão; na sua qualidade de auxiliar da justiça, o advogado beneficia do monopólio e da imunidade de alegar, mas deve testemunhar discrição, honestidade e dignidade na sua conduta. A limitação à publicidade encontra tradicionalmente a sua razão de ser nestas fontes.

Examinando em seguida se essa limitação era necessária numa sociedade democrática, o Tribunal reconheceu que, em determinado contexto, mesma a publicação de mensagens publicitárias objectivas e verídicas poderia sofrer limitações tendentes ao respeito dos direitos de outrem ou fundadas nas particularidades de uma actividade comercial ou de uma profissão determinadas.

Sobre a publicidade por parte de advogados, o Tribunal entendeu que ela não pode ser comparada a publicidade de uma empresa comercial.

O estatuto específico do advogado coloca-o num lugar central na administração da justiça, como intermediário entre o indivíduo e os tribunais.

Contudo, a regulamentação da profissão de advogado, nomeadamente no domínio da publicidade, varia de um país a outro, reconhece o Tribunal: existe um largo campo de regulamentação e de diferenças de ritmo entre os Estados membros do Conselho da Europa que mostravam a complexidade deste problema.

Porém, graças aos contactos directos e constantes com os seus membros, as autoridades competentes ou os tribunais do país encontram-se melhor colocados que o juiz internacional para precisar onde se situa, num determinado momento, o justo equilíbrio entre os diversos interesses em jogo: os imperativos de uma boa administração da justiça, a dignidade da profissão, o direito de uma pessoa a receber uma informação sobre a assistência jurídica e a possibilidade para um advogado de fazer a publicidade do seu escritório.

Neste contexto, perante a larga margem de apreciação de que gozava o Estado em causa, o Tribunal, por 7 contra 2, aceitou a conformidade da decisão interna com o disposto no art. 10º da CEDH.

Não pretendo polemizar sobre o tema tão complexo da publicidade na advocacia que não tem, como já notava o Tribunal em 1994, uma resposta unívoca nos Estados membros.

O que pretendi enfatizar foi antes a geometria variável que o Tribunal admite nesta área, pelo que aquela harmonia a construir no respeito pela jurisprudência de Estrasburgo permitirá sempre especificidades em cada um dos Estados Membros desde que os grandes princípios relativos à essência dos direitos fundamentais não estejam em causa ⁽²⁵⁾.

ii) A privacidade do escritório (Acórdão Niemietz)

²⁵⁾ Nos Estados Unidos, a interdição de toda a publicidade comercial feita aos advogados foi anulada porque ela acarretava uma discriminação entre eles e os outros agentes económicos, discriminação que nenhum interesse público preponderante justifica aos olhos da justiça americana.

Escreve Séverine Rudloff, «Droits et libertés de l'avocat dans la Convention européenne des Droits de l'Homme», Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 74 : «Se o problema do direito para os advogados de fazer publicidade dos seus serviços dá lugar a vivas controvérsias nos meios profissionais é porque ele toca na própria ética da profissão e suscita um debate de fundo essencial relativo à fisionomia que deverá adoptar a futura profissão de advogado. Pelo contrário, a questão não parece ter incidências práticas consideráveis na medida em que o exemplo americano revela que 65% dos advogados não fazem nenhuma publicidade e que somente 4,9% inserem publicidade nos jornais e fazem mailing directo» (tradução nossa).

O regime de privacidade a que estava submetido o escritório do advogado foi estudado no Acórdão Niemietz ⁽²⁶⁾.

Niemietz exercia a profissão de advogado em Friburgo, na Alemanha, e no decurso de um processo penal, uma busca ao seu escritório foi ordenada por um tribunal na tentativa de se identificar o autor de uma carta anónima, eventualmente cliente daquele.

Esta busca foi realizada pelos funcionários do Ministério Público de Friburgo.

Ao ter conhecimento desta busca, o respectivo Bastonário protestou junto das autoridades judiciais, dela dando conhecimento ao Ministro da Justiça e à Ordem de Advogados de Munique.

Niemietz atacou, perante os tribunais internos, e com fundamento na sua ilegalidade, a decisão que ordenou a busca, mas sem sucesso, pelo que se dirigiu a Estrasburgo, clamando que a busca tinha atingido o seu direito ao respeito do seu domicílio e da sua correspondência.

A Comissão concluiu, por unanimidade, pela violação do art. 8º da CEDH.

Por seu turno, o Tribunal, também por unanimidade, decidiu que existia violação do art. 8º, pois entendeu coberto por esta disposição o escritório de advogado.

Primeiro, o Tribunal considerou que interpretar este artigo 8º de modo a nele incluir os locais profissionais e comerciais respondia ao seu objecto e fins essenciais: prevenir a pessoa contra as ingerências arbitrárias dos poderes públicos. Acrescia que, no caso, a busca implicava a correspondência, e aqui a aplicação do referido artigo não podia estar em dúvida pois sempre se considerou que a correspondência de carácter profissional está prevista na salvaguarda do mesmo artigo 8º da CEDH.

Como a busca estava prevista pela lei e prosseguia um fim legítimo, no caso encontrar o responsável por uma ofensa feita a um juiz, a questão que importava apreciar era a proporcionalidade da ingerência tendo em vista os seus objectivos.

O Tribunal notou, antes de mais, que a busca no escritório de um advogado, na Alemanha, não se acompanhava de qualquer garantia especial, como, por exemplo, a presença de um observador independente.

Depois, a busca, na sua amplitude, contendia com o segredo profissional a um grau tal que se revelava desproporcional no caso; convinha notar que, tratando-se de um advogado, tal intromissão poderia não só repercutir-se sobre a boa administração da Justiça, mas também a própria publicidade que a envolvia poderia comprometer o bom-nome do requerente aos olhos dos seus clientes e do público em geral.

Por isso, embora não pudesse ser classificada como menor a infracção equacionada no processo penal que estava na origem da busca, não haveria proporcionalidade entre esta e a referida ingerência.

Neste acórdão, para além da decisão em si alargando os conceitos, dois elementos são de assinalar:

- a) numa busca a um escritório de um advogado, a necessidade de um «observador independente», tudo levando a crer que o Tribunal visava um representante da Ordem;
- b) o escritório de um advogado é tão «privado» como o seu domicílio; uma busca é sempre uma ingerência que deve estar justificada, nos termos do nº 2 do artigo 8º, por um motivo social imperioso, e que deve mostrar-se como a medida restritiva menos gravosa, proporcional ao fim a atingir.

²⁶⁾ De 16 de Dezembro de 1992, Série A, nº 285-B.

iii) A correspondência de e para o seu cliente detido (Acórdãos Campbell e Erdem)

Invocando o artigo 93.º das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, anexo da Resolução n.º (73)5 do Comité de Ministros ⁽²⁷⁾, e o artigo 3.º, n.º 2, do Acordo Europeu Relativo às Pessoas Participantes nos Processos perante a Comissão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ⁽²⁸⁾, o Tribunal concluiu que o direito do *acusado* de comunicar com o seu advogado sem que seja escutado figura entre as exigências elementares de um processo equitativo numa sociedade democrática, direito que decorre do artigo 6.º, n.º 3, alínea c), da *Convenção*: se um advogado não pudesse conversar com o seu cliente sem qualquer limitação e receber instruções confidenciais, a sua assistência perderia muito da sua utilidade, quando o fim da *Convenção* consiste em proteger os direitos concretos e efectivos ⁽²⁹⁾.

Um dos campos onde os órgãos de controlo se têm pronunciado com algumas inflexões é o da correspondência do advogado para o detido e deste para o advogado.

A ingerência na correspondência dos detidos constitui, em princípio, um atentado ao disposto no n.º1 do mesmo 8º da CEDH.

A excepcional ingerência na correspondência com o advogado exige condições especiais que foram já estudadas pelo Tribunal, nomeadamente no Acórdão Campbell, de 25 de Março de 1992 (série A n.º 233, pp. 18-19, §§ 44-48), onde se precisou:

“Há todo o interesse público que uma pessoa desejosa de consultar um homem de leis o possa fazer nas condições propícias a uma plena e livre discussão; e o mesmo deve valer para a correspondência trocada entre o detido e o seu advogado sobre o processo onde a confidencialidade se impõe igualmente.

Daqui resulta que as autoridades penitenciárias podem abrir uma carta de um advogado a um detido se elas têm motivos plausíveis para pensar que ela contém um elemento ilícito não detectável pelos meios normais de detecção.

Todavia elas devem apenas abertas e não lidas, e se possível abertas na presença do detido.

Quanto à leitura do correio de um detido destinado a um advogado, ela só deve ser autorizada em casos excepcionais quando as autoridades possam admitir um abuso de privilégio, ameaçando o conteúdo da carta a segurança do estabelecimento ou de outrem ou assumindo, de outra maneira, um carácter delituoso.

A plausibilidade destes motivos dependerá do conjunto de circunstâncias, mas ela pressupõe factos ou informações adequados a convencer um observador objectivo que se abusa do meio privilegiado de comunicação”.

No Acórdão Erdem ⁽³⁰⁾, concluiu-se que não havia violação do artigo 8.º num caso de leitura da correspondência entre um advogado e um detido tendo em conta as circunstâncias concretas do

²⁷⁾ Que diz, nomeadamente, que o detido tem o direito de receber visitas do seu advogado e de lhe enviar instruções confidenciais.

²⁸⁾ Consagra o direito dos detidos de se corresponderem livremente com o Tribunal, o que implica que, relacionado com a Queixa, se correspondam com o seu advogado ou com ele conversem sem que possam ser escutados; quanto ao número de visitas e a sua duração, que dependerá das circunstâncias do caso e das particularidades do processo, ver Acórdão Öcalan, de 12 de Maio de 2005, ainda não publicado, §§ 132 e segs.

²⁹⁾ Acórdão S/Suiça, de 28 de Novembro de 1991, Série A, 220, pág. 15, § 48.

³⁰⁾ Contra a Alemanha, de 5 de Julho de 2001, R01-VII, pág. 13, § 69.

caso (suspeita de terrorismo), as garantias de que se revestia esse controlo (o magistrado encarregado de abrir essa correspondência não estava encarregado da instrução do processo) e a margem de apreciação do Estado.

iv) O papel do advogado no processo equitativo (Acórdãos Artico, Kamasinski e Daud)

Um dos direitos do arguido no processo penal, tal como ele é definido no art. 6º da CEDH, é o de, se não tiver meios para remunerar um defensor, ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso se o os interesses da justiça o exigirem.

Deixando de lado a questão de saber quando os interesses da justiça o exigem, normalmente ligada à gravidade da infracção e da pena correspondente ou a complexidade do processo, interessa sublinhar que o arguido tem o direito de ser efectivamente defendido por um advogado, ao menos nomeado oficiosamente, correspondendo este direito a um dos elementos fundamentais de um processo equitativo.

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

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

Mas, em geral, a equidade exigirá que um *acusado* tenha o benefício da assistência de um advogado desde os primeiros interrogatórios feitos pela polícia; recusar-se o acesso a um advogado durante 24 horas após a sua prisão não é conciliável com o disposto na alínea c) do nº 3 do art. 6 da CEDH ⁽³¹⁾.

Efectivamente, o primeiro objectivo do artigo 6.º, no processo penal, é assegurar um processo equitativo no seu todo; ora, a equidade pode ser gravemente prejudicada pelas faltas que se possam verificar, desde logo, no início do processo.

Quando o arguido não tenha meios para remunerar o seu advogado, terá direito a assistência de um defensor oficioso.

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

O acusado tem direito a uma defesa efectiva, incumbindo às autoridades competentes, respeitando a independência dos advogados, actuar de modo a assegurar ao interessado o gozo efectivo daquele direito.

Esta ideia foi desenvolvida pelo Tribunal no Acórdão proferido no caso Artico ⁽³²⁾: o artigo 6.º, n.º 3, alínea c), fala de *assistência* e não de *designação*.

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

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

³¹⁾ Acórdãos John Murray, de 8 de Fevereiro de 1996, R96-I, pág. 55, § 66, e Brennan, de 16 de Outubro de 2001, R01-X, págs. 257 e 262, §§ 45 e 58.

³²⁾ De 13 de Maio de 1980, Série A nº 37.

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

Neste Caso, Artico tinha obtido o benefício de assistência judiciária gratuita, mas o advogado nomeado, por falta de tempo, aconselhou-o a dirigir-se a um outro colega; Artico colocou a questão ao tribunal que lhe tinha nomeado defensor sem sucesso.

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

No Acórdão Goddi, A 76, págs. 11-133, §§ 27-322, o Tribunal entendeu que havia violação, porquanto, perante a falta à audiência do defensor oficioso, o tribunal nomeou um outro mas não lhe concedeu tempo suficiente para estudar o processo ⁽³³⁾.

Em dois casos portugueses, o Tribunal teve já oportunidade de se pronunciar sobre esta matéria: os casos Daud e Czekalla.

No Acórdão Daud ⁽³⁴⁾, o Tribunal censurou o facto de o primeiro defensor nomeado oficiosamente, antes de se declarar doente, não ter tomado qualquer medida na defesa do arguido; quanto ao segundo defensor, de cuja nomeação o arguido só teve conhecimento 3 três dias antes do dia designado para audiência, o Tribunal entendeu que ele não teve tempo necessário para estudar o processo, ir ver o arguido se necessário, e preparar a sua defesa. E todas as deficiências não puderam ser remediadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, pois o recurso interposto pelo defensor oficioso foi recusado por razões formais: as conclusões não indicavam as disposições legais pretensamente violadas.

No segundo caso ⁽³⁵⁾, o Tribunal foi chamado a examinar a seguinte situação: num processo penal por tráfico de estupefacientes, o arguido foi condenado na pena de 15 anos de prisão; o seu defensor oficioso interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça mas esqueceu-se de, nas suas alegações, juntar as conclusões.

O Supremo Tribunal de Justiça, pelo seu Acórdão de 10 de Julho de 1996, seguindo uma jurisprudência então em vigor mas hoje abandonada, rejeitou o recurso por falta de apresentação de conclusões ⁽³⁶⁾.

O Tribunal considerou que, nestas circunstâncias, aquela negligência que não foi corrigida pelo Tribunal superior, não podia ser reconduzida a uma falha formal dadas as implicações que dela derivaram.

Era para o Tribunal evidente que o arguido não tinha beneficiado de uma defesa concreta e efectiva, como o quer a alínea c) n.º 3 do art. 6.º da CEDH.

³³⁾ Ver também, sobre esta matéria, os Acórdãos Kamasinski, A 168, pág. 33, § 65, Quaranta, A 205, pág. 17, §§ 33-34, e Decisões do Tribunal, de 19 de Outubro de 2000, Queixa n.º 45 995/99, R00-XI, pág. 471 (liberdade de um defensor oficioso para apresentar ou não um recurso), de 23 de Outubro de 2001, Queixa n.º 50 720/99, R01-XI, pág. 353, e Decisão do Tribunal, de 21 de Novembro de 2000, Queixa n.º 53 590/99, R00-XI, pág. 525.

³⁴⁾ De 21 de Abril de 1998, R98-II, pág. 749, § 38.

³⁵⁾ Acórdão de 10 de Outubro de 2002, R02-VIII, pág. 59, § 68.

³⁶⁾ Esta jurisprudência, baseada numa determinada interpretação do artigo 412.º do Código de Processo Penal, foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 337/200º, de 27 de Junho), publicado no Diário da República de 21 de Julho de 2000; ver também o Acórdão do mesmo Tribunal n.º 165/01, de 19 de Junho de 2001, publicado no Diário da República de 19 de Junho de 2001.

A carência era claramente manifesta, pelo que o Supremo Tribunal de Justiça tinha a obrigação de convidar o defensor officioso a colmatar a deficiência para que o respeito concreto e efectivo dos direitos da defesa fossem assegurados.

Não se colocava sequer aqui a questão da independência dos advogados; esse convite era já imposto no processo civil sem que alguma vez se contestasse a violação de tal independência.

v) O patrocínio officioso (Acórdão Van der Mussele)

Um dos primeiros Acórdãos do Tribunal relacionados com o exercício de advocacia, o Acórdão Van der Mussele ⁽³⁷⁾, relaciona-se com a defesa officiosa.

Van der Mussele queixou-se à Comissão de ter sido nomeado para defender um arguido num processo correcional, sem que lhe fosse atribuída qualquer remuneração, invocando a este propósito, o trabalho forçado proibido no art. 4º da Convenção.

Em decisões anteriores relacionadas com a matéria, a Comissão tinha considerado inadmissível a queixa, lembrando que o requerente tinha escolhido livremente a profissão de advogado, sabendo que os advogados eram obrigados a prestar esse serviço, que correspondia, aliás, a um direito do beneficiário.

Neste contexto, desaparecia todo o carácter injusto ou opressivo, tanto mais que esses serviços entravam na actividade normal do advogado, não podendo a gratuitidade do serviço ser considerada como uma verdadeira privação para o requerente ⁽³⁸⁾.

Os órgãos de controlo tiveram oportunidade de se ocupar a fundo do problema no caso Van der Mussele.

Neste caso, a Comissão manteve a sua jurisprudência, concluindo que não havia violação, pois ao abraçar a profissão o queixoso tinha consentido nessa situação, sendo perfeitamente previsíveis para ele, nesse momento, as obrigações que lhe seriam pedidas, apontando, embora, para a injustiça da ausência de remuneração ⁽³⁹⁾.

O Tribunal, contrariamente à Comissão, não atribuiu uma importância decisiva a este *acordo prévio* do requerente ao abraçar a sua profissão, introduzindo um novo elemento: a imposição de um fardo excessivo ou desproporcionado em relação às vantagens ligadas ao exercício da profissão em regime de exclusividade profissional e que lhe permite aumentar a sua experiência e notoriedade.

O Tribunal constatou que restava ao requerente tempo suficiente para efectuar um trabalho remunerado, pois apenas consagrou ao caso 18 horas de trabalho, que os serviços impostos concorriam para a sua formação e que estas vantagens, ao lado do monopólio da representação em juízo da sua profissão, sobrelevavam os inconvenientes que não eram importantes, tendo em conta as despesas reduzidas que o requerente teve de suportar ⁽⁴⁰⁾.

Se a questão da gratuitidade do exercício do patrocínio officioso pode considerar-se ultrapassada nos dias de hoje, a modéstia dos honorários que um advogado prestigiado venha a receber no exercício do patrocínio officioso poderá, em minha opinião, encontrar justificação nos argumentos já desenvolvidos na altura pela Comissão e pelo Tribunal.

b) O advogado como arguido

³⁷⁾ De 23 de Novembro de 1983, Série A.

³⁸⁾ Decisão de 1 de Abril de 1974, Queixa n.º 4653/70, *Ann. Conv.*, vol. VII, pág. 172.

³⁹⁾ Relatório de 3 de Março de 1982, B 55, pág. 34.

⁴⁰⁾ Acórdão de 23 de Novembro de 1983, A 70, págs. 18 e segs., §§ 37 e segs..

**i) Impossibilidade de se defender a si próprio
(Decisão Correia de Matos)**

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

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

Neste contexto, o advogado Correia de Matos, a quem, num processo penal em que era arguido, foi recusada a possibilidade de ser defender a ele próprio, queixou-se que os seus direitos de defesa, nomeadamente o de se defender por si próprio, tinham sido violados.

O Tribunal, na sua Decisão (⁴¹), recordou que, de acordo com uma jurisprudência da Comissão e do antigo Tribunal, o art. 6, nº 3, alínea c) da CEDH não garante ao arguido decidir ele próprio o modo como a sua defesa será assegurada.

A questão de saber se o arguido se pode defender ele próprio ou se deverá ser representado por um advogado, seja livremente escolhido seja designado pelo tribunal, releva da legislação ou do regulamento do tribunal.

E se, em regra, os advogados podem agir pessoalmente perante um tribunal, as jurisdições competentes podem, contudo, considerar que os interesses da justiça impõem a designação de um representante a um advogado acusado em processo penal que poderá não estar em condições de avaliar correctamente os interesses em jogo e, assim, assegurar eficazmente a sua própria defesa.

E o Tribunal não deixou de recordar que também aqui haveria uma margem de apreciação de que beneficiavam as autoridades nacionais.

**ii) Acusado de ofender os magistrados no exercício da sua profissão
(Acórdãos Nikula e Kyprianou).**

Na representação dos seus clientes, os advogados usam, por vezes, expressões escritas ou orais ou assumem atitudes que os visados, juizes ou magistrados do Ministério Público, consideram ofensivas, reagindo através da instauração de processos que terminam em condenação.

Esgotados os meios internos, os condenados dirigem-se ao Tribunal, em última instância, clamando que os seus direitos à liberdade de expressão ou que as regras de um processo equitativo foram violados.

Entre outros, dois exemplos:

1. No Acórdão Nikula (⁴²), o Tribunal examinou a situação de uma advogada finlandesa que, durante a audiência num processo penal, teria criticado, num escrito intitulado «manipulação e apresentação ilegal de provas», que foi lido e oferecido ao tribunal, o Ministério Público.

O visado apresentou aos superiores a situação tendo em vista um processo-crime por difamação, o que não foi atendido, sendo o processo arquivado.

Foi então o momento para este Agente do Ministério Público iniciar ele próprio, a título privado, um processo-crime contra a advogada.

O Tribunal da Relação, onde correu o processo, reconheceu a culpabilidade da advogada por difamação e condenou-a numa multa e numa indemnização ao queixoso.

⁴¹) De 15 de Novembro de 2001, R01-XII, pág. 153.

⁴²) De 21 de Março de 2002, R02-II, pág. 325.

O Supremo Tribunal, a quem o processo tinha subido em recurso interposto pelas duas partes, anulou a condenação da multa mas deixou ficar a condenação no pagamento da indemnização, numa decisão por 3/2, com 2 Juizes a pronunciarem-se pela absolvição e dois outros a defenderem a decisão do Tribunal da Relação, sendo que a solução encontrada se deveu ao voto preponderante do presidente.

Curiosamente, a ONG Interights, no processo em Estrasburgo, apresentou um estudo da situação existente em alguns países membros do Conselho da Europa e da Austrália, Canadá e África do Sul, onde se constata que a maioria destes países acorda aos advogados uma imunidade relativamente às declarações que eles pronunciam quando representam os seus clientes perante um tribunal, ligada à obrigação, que lhes incumbe, de defender o seu cliente.

E, quando mesmo assim, for imperioso reagir, a maior parte destes sistemas opta por sanções disciplinares e não por sanções penais.

A advogada Nikula denunciou perante o Tribunal uma violação do seu direito a exprimir-se livremente, consagrado no art. 10º da CEDH.

O Tribunal, depois de considerar que a condenação da queixosa a pagar a indemnização se traduzia numa ingerência, e de verificar que esta estava prevista na lei e prosseguia o objectivo legítimo de proteger a reputação e os direitos do agente do Ministério Público, debruçou-se sobre a questão de saber se essa ingerência se justificava numa sociedade democrática.

O Tribunal salientou a diferença ente o papel do juiz e do Ministério Público num processo penal, este último o adversário do arguido: de uma maneira geral, esta diferença confere uma melhor protecção às declarações pelas quais um arguido critica o Ministério Público do que àquelas em que se critica o juiz ou o tribunal no seu conjunto.

O Tribunal foi também sensível ao facto de a crítica não ter saído da sala de audiência e de que não poderia tão pouco ser considerada um insulto pessoal, pois revestia-se de um carácter processual; aliás, ela não foi objecto de reacção imediata do visado nem de quem tinha a disciplina da audiência, o juiz que a presidia.

Neste contexto, o Tribunal precisou que só excepcionalmente, o que não se verificava no caso, se poderia admitir, numa sociedade democrática, uma sanção penal, mesmo ligeira, para os eventuais excessos na liberdade de expressão de que devem gozar os advogados no exercício da sua profissão.

2.. O outro exemplo foi examinado no recente Acórdão Kyprianou contra o Chipre ⁽⁴³⁾.

A situação factual, na medida em que interessa, pode ser assim resumida:

No decurso de uma audiência em processo penal por homicídio, no momento em que prosseguia o interrogatório de uma testemunha de acusação (um polícia), o advogado Kyprianou, que representava o arguido, foi interrompido pelo tribunal, composto por três juizes.

O advogado reagiu afirmando que suspendia o seu interrogatório e se recusava a continuá-lo, pedindo autorização para se retirar do caso.

Seguiu-se uma troca de palavras entre o advogado e o tribunal, após o que o tribunal entendeu que a atitude e as palavras do advogado constituíam um *contempt of court*.

Depois de uma curta pausa, o mesmo tribunal julgou e condenou o advogado a cinco dias de prisão, decisão tomada por maioria (o presidente entendeu que ele devia ser condenado apenas numa multa); os recursos interpostos deixaram inalterada a situação.

⁴³⁾ De 15 de Dezembro de 2005.

Antes de mais, é necessário precisar que este incidente com um regime específico que permite a quem se sente ofendido, acusar, testemunhar, julgar e condenar em penas de prisão, persiste nos países da *Common law*.

Da complexidade e densidade do Acórdão, importa reter, sob o ângulo do art. 6º da CEDH (tribunal imparcial), que o Tribunal considerou que a confusão de todos aqueles papéis pode suscitar sérias dúvidas objectivamente justificadas quanto à conformidade do processo ao princípio estabelecido em virtude do qual ninguém pode ser juiz em causa própria e, em consequência, quanto à imparcialidade do tribunal; acresce ainda que, sob o ponto de vista subjectivo, as dúvidas do advogado em causa sobre a imparcialidade do tribunal estavam também justificadas.

Mas também relativamente à liberdade de expressão dos advogados, o Tribunal não deixou de exaltar o estatuto específico de que devem beneficiar como intermediários entre aqueles que pedem justiça e os tribunais.

E se a liberdade de expressão dos advogados tem de conter, por certo, limites, o Tribunal voltou a lembrar que aplicar penas de prisão em caso de excesso só excepcionalmente pode admitir-se.

E isto porque o advogado, quando defende o seu cliente, nomeadamente em processo penal, pode encontrar-se na situação delicada de ter decidir se deve ou não opor-se à atitude do tribunal ou reagir, tendo sempre em conta os interesses do seu cliente.

Ora, é inevitável que a possibilidade de aplicação de uma prisão imposta a um advogado implica, pela sua natureza, um efeito dissuasivo, não apenas sobre o advogado em causa, mas sobre a profissão no seu conjunto.

O Tribunal concluiu que, sob o ângulo do artigo 10º CEDH, a pena aplicada ao advogado não estava justificada porquanto não existiu um justo equilíbrio entre a necessidade de garantir a autoridade do poder judiciário e a de proteger a liberdade de expressão do advogado.

III

O advogado com representante do queixoso

A queixa: interestadual e individual

As queixas ao Tribunal podem ser apresentadas pelos Estados partes na CEDH contra um outro Estado parte; são as chamadas queixas interestaduais, a que alude o art. 33º da CEDH.

Para a economia da exposição, apenas a queixa individual que qualquer pessoa, singular ou colectiva, qualquer organização não governamental ou grupo de particulares pode apresentar ao Tribunal, será analisada.

i) A introdução da queixa

1. Uma simples “comunicação escrita” enviada ao Tribunal, ainda que redigida na língua materna, a expor sumariamente o objecto da queixa, basta para desencadear o processo.

Aquela “comunicação escrita” deverá conter, sempre que possível:

- a) um breve resumo dos factos;
- b) a menção do ou dos direitos e garantias que se pensa terem sido violados;

- c) a indicação dos meios internos que foram esgotados;
- d) a lista das decisões proferidas pelas autoridades públicas, precisando para cada uma delas a data, o seu conteúdo e a autoridade que a emitiu (deve juntar-se ainda o original ou a fotocópia das decisões).

Aquela exposição será analisada pela Secretaria, a qual, se verificar que o assunto exposto não tem qualquer possibilidade de sucesso, aconselhará a desistência da apresentação formal da queixa; naquela resposta, sublinhar-se-á, no entanto, que, se não for aceite tal sugestão e houver insistência no registo, o exponente terá sempre o direito de introduzir a queixa, pelo que ser-lhe-á enviado um formulário oficial a fim de ser preenchido de acordo com uma nota explicativa que o acompanha.

Se for solicitado, é também enviado um formulário para a procuração do requerente a um advogado.

Embora as línguas oficiais do Conselho da Europa sejam o inglês e o francês, os formulários da queixa e da procuração podem ser preenchidos na língua materna e nesta mesma língua podem ser redigidas as peças, observações, documentos ou informações que o requerente venha a apresentar durante o processo.

Como hoje este formulário pode ser obtido directamente via Internet ⁽⁴⁴⁾, aconselho vivamente a utilização desde logo do formulário, não só por economia de meios, mas também porque, como se verá em breve ao estudar a questão dos «seis meses», a data a considerar como a da introdução da queixa pode não ser a data da carta mas a da apresentação do formulário.

A queixa deve, em princípio, mencionar:

- a) o nome, a idade, a profissão e o endereço do requerente;
- b) se for o caso, o nome, a profissão e a morada do seu representante;
- c) a Alta Parte Contratante contra a qual a queixa é dirigida;
- d) o objecto da queixa e a disposição da *CEDH* cuja violação é alegada;
- e) a exposição dos factos e da motivação;
- f) toda a documentação pertinente, nomeadamente as decisões judiciais ou outras que respeitem ao objecto da queixa.

Todo o requerente deve ainda:

- a) fornecer os elementos, permitindo assim a verificação de que as condições do art. 35º da *CEDH* se encontram preenchidas (esgotamentos dos meios internos e prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva);
- b) indicar se submeteu a sua queixa a outra instância internacional de inquérito ou de arbitragem.

2. Abra-se um parêntese para se referir as medidas provisórias previstas no art. 39º do Regulamento do Tribunal.

Perante situações graves ou eminentes que possam causar danos irreparáveis ou então quando determinadas medidas estão em execução e sem a sua suspensão, tudo o que o Tribunal venha a decidir se possa revelar inútil ou de nenhum efeito, o queixoso pode pedir ao Tribunal que solicite Estado requerido a tomadas de medidas adequadas.

⁴⁴⁾ No site do Tribunal: www.echr.coe.int.

Aqui, por vezes, a urgência exige a utilização de meios de comunicação expeditos, como o Fax.

O Tribunal aceita a introdução da queixa por este meio, ainda que depois possa reclamar o envio da queixa por uma via normal.

As medidas provisórias são solicitadas normalmente em duas situações limite:

a) quando a violação da CEDH apresenta aspectos graves e de continuidade: por exemplo, perante uma detenção em condições que eventualmente podem constituir um tratamento desumano ou degradante, o Tribunal pode ser levado a solicitar ao Estado requerido que suspenda, até a apreciação do caso pelo Tribunal, as condições em que o requerente se encontra detido;

b) quando a execução imediata da medida em causa torna inútil, ou sem os efeitos reparadores adequados, a posterior decisão do Tribunal: por exemplo, se alguém está na iminência de ser expulso para um país onde corre o risco de ser submetido a tortura, o Tribunal tende a solicitar que a expulsão não seja executada antes de ter a oportunidade de examinar os riscos que poderá sofrer o requerente.

As medidas provisórias são aplicadas com muita parcimónia e perante indícios seguros dos riscos de violações graves da CEDH, em regra as relacionadas com o seu artigo 3.º

3. Para a apresentação de uma queixa não é preciso a assistência de um advogado; a sua intervenção só é exigida após a comunicação da queixa ao Estado requerido - art. 36º, nº 2 do Regulamento do Tribunal.

Este advogado deve, em princípio, exercer a sua actividade em qualquer das Partes contratantes e deve residir no seu território - - art. 36º, nº 4, alínea a) do Regulamento do Tribunal.

Não se exigem requisitos especiais ao representante do queixoso, salvo a compreensão suficiente de uma das línguas oficiais do Tribunal, o inglês e o francês - art. 36º, nº 5, alínea a) do Regulamento do Tribunal.

Mas que a questão da língua não seja impedimento para a apresentação da queixa e representação do queixoso, pois o Presidente da Secção pode sempre autorizar o uso de uma das línguas oficiais das Partes contratantes.

Posso afirmar que, nas queixas contra Portugal, os representantes dos queixosos, sempre que o solicitaram, puderam usar o português, quer nas observações escritas quer nas alegações orais.

A dificuldade existirá talvez nas audiências, onde não há, em princípio, interpretação para português do que for dito numa das línguas oficiais do Tribunal; efectivamente, só há tradução para a outra língua oficial, pelo que sempre aqui será necessário um conhecimento passivo de uma delas.

4. Por outro lado, um sistema de assistência judiciária está previsto para os casos em que os requerentes não têm a possibilidade de remunerar um advogado da sua escolha.

O Regulamento do Tribunal (arts. 91º e segs.) contém a disciplina sobre a assistência judiciária de que pode beneficiar o requerente, a seu pedido ou por iniciativa do presidente da secção.

A assistência judiciária é concedida se o requerente não tiver meios para cobrir as despesas e se a concessão da assistência judiciária se mostrar necessária para o bom andamento do processo.

A assistência judiciária pode cobrir, para além dos honorários do representante do requerente, as despesas de deslocação e de estadia e outras despesas necessárias, tais como as

referentes à recolha e envio de documentos - arts 94º e 95º do Reg. Trib, sendo tudo isto suportado pelo orçamento do Tribunal.

Quando o requerente, neste quadro da assistência judiciária, não escolhe ele próprio o advogado, o Tribunal solicita à Ordem de Advogados nacional a indicação de um dos seus membros em condições de assegurar a representação daquele.

ii) O exame preliminar: as condições de admissibilidade da queixa, nomeadamente o prazo de seis meses e o esgotamento dos recursos internos;

1. Registada a queixa, o Greffe, se entende que ela é manifestamente inadmissível, apresenta uma proposta nesse sentido a um *comité* composto por três juizes – n.º 1 do artigo 27.º da *Convenção*.

Este *comité* pode, por unanimidade, rejeitá-la – artigo 28.º da *Convenção*; note-se que mais de 90% das queixas são rejeitadas em *comité*.

Todas as decisões de inadmissibilidade tomadas por este Comité, pelas Secções e pelo Tribunal Pleno são definitivas.

As queixas são declaradas inadmissíveis quando ao Tribunal falta competência para a conhecer, nos termos vistos *supra*, ou quando a queixa individual é idêntica a uma anterior ⁽⁴⁵⁾.

Por outro lado, a mesma queixa não pode ser apresentada a outra instância internacional, salvo, evidentemente, se factos novos são referidos.

O *Comité* dos Direitos do Homem, instituído pelo PIDCP, constitui uma instância internacional para este efeito ⁽⁴⁶⁾.

2. As queixas são também declaradas inadmissíveis quando são manifestamente infundadas ou quando apresentadas antes de esgotados os recursos internos ou depois dos seis meses contados da decisão interna definitiva.

Se a inadmissibilidade da queixa por ser «manifestamente mal fundada» não merece, na economia da exposição, grandes comentários (a queixa será manifestamente mal fundada quando, pelo seu exame, não é possível detectar qualquer aparente violação de um dos direitos e liberdades inscritos na CEDH), já as outras duas exigem um esforço de maior compreensão pois, muitas vezes, o insucesso da queixa resulta de uma falta de conhecimento ou de um conhecimento imperfeito daquelas condições de admissibilidade consagradas no art. 35º da CEDH.

Nos termos do nº 1 do art. 35º da *CEDH*, a queixa deve ser apresentada depois de esgotadas «todas as vias de recursos internas» e «num prazo de seis meses a partir da prolação da decisão interna definitiva».

Estas condições são examinadas *ex officio* pelo Tribunal e nelas naufragam a esmagadora maioria das queixas apresentadas.

As exigências deste artigo, no que diz respeito ao esgotamento dos recursos internos e ao prazo de seis meses, estão estreitamente ligadas, pois, não só estão reunidas no mesmo artigo, como também são mencionadas numa só frase, cuja construção gramatical implica uma certa correlação ⁽⁴⁷⁾.

⁴⁵⁾ Decisão da Comissão de 12 de Outubro de 1994, *Déc. Rap.* 79-A, p. 138.

⁴⁶⁾ Decisão de 6 de Julho de 1992, Queixa n.º 17512/90, *Déc. Rap.* 73, p. 214.

⁴⁷⁾ Decisão da Comissão, de 4 de Abril de 1990, Queixa n.º 12 945/87, *Déc. Rap.* 65, p. 173.

O fundamento da regra de esgotamento dos meios internos assenta no carácter subsidiário do sistema da *CEDH* relativamente aos sistemas nacionais de garantia dos direitos do homem.

Antes de demandar um tribunal internacional, o requerente deve conceder ao Estado responsável a possibilidade de remediar, pelos meios internos, as violações alegadas, utilizando as fontes oferecidas pela legislação nacional que se revelem acessíveis, adequadas, eficazes e suficientes, isto é, capazes de remediar directamente a situação criticada ⁽⁴⁸⁾.

Para ser eficaz, um recurso deve ser capaz de remediar a situação criticada ⁽⁴⁹⁾.

O requerente deve, não apenas fazer intervir as jurisdições nacionais, mas igualmente suscitar perante estas, ao menos em substância e nas formas e prazos previstos no direito interno, as violações que entende formular em seguida perante os órgãos da *CEDH*, mesmo que não faça alusão a esta ⁽⁵⁰⁾.

Não é, com efeito, necessário invocar uma disposição precisa da *CEDH*; basta fazer valer perante a autoridade nacional argumentos equivalentes.

Aliás, esta exigência deve examinar-se com uma certa flexibilidade e sem excessivo formalismo, tendo em conta o contexto jurídico e político no qual os meios a esgotar se inserem e a situação pessoal do requerente ⁽⁵¹⁾.

Por decisão interna definitiva deve entender-se a decisão tomada no quadro normal de esgotamento das vias internas de recurso utilizáveis para fazer cessar ou reparar a violação ou, na falta de recurso interno, a própria decisão criticada ⁽⁵²⁾.

Quando existem várias possibilidades para atingir o objectivo de sanar a violação, basta ao requerente utilizar uma delas permitindo às jurisdições internas reparar as violações imputadas.

Abra-se aqui um novo parêntese, para referir, dada a sua recente evolução jurisprudencial, os meios internos a esgotar no caso dos atrasos processuais em Portugal.

O Tribunal, na sua Decisão de 2 de Dezembro de 1999, Queixa n.º 32 082/96 (Tomé Mota), R99-IX, págs. 417 e segs., considerou que o incidente de aceleração no processo penal constitui uma via de direito que permite a queixa sobre a duração do processo, apresentando um grau suficiente de acessibilidade e de efectividade e sem que o seu exercício contribua para alargar a duração do processo em causa.

Assim, este incidente de aceleração processual constitui um meio a esgotar a nível interno antes da apresentação da queixa.

Para a duração do processo civil, os órgãos de Estrasburgo recusavam-se a aceitar como um recurso interno a esgotar a acção de indemnização a intentar contra o Estado, por responsabilidade extracontratual.

Mas com as Decisões do Tribunal, de 22 de Maio 2003, Queixas n.ºs 58 698/00 (Paulino Tomás) e 65305/01 (Gouveia da Silva Torrado), R03-VIII, pág. 337, o Tribunal inverteu aquela posição e

⁴⁸⁾ Acórdãos *Buscarini*, de 18 de Fevereiro de 1999, R99-I, p. 636, § 26, e *Aquilina*, de 29 de Abril de 1999, § 30.

⁴⁹⁾ Decisão de 27 de Fevereiro de 1995, Queixa n.º 15488/89, *Déc. Rap.* 80-A, p. 14

⁵⁰⁾ Acórdão *Civet*, de 28 de Setembro de 1999, § 44.

⁵¹⁾ Acórdão *Iatridis*, de 25 de Março de 1999, § 47.

⁵²⁾ Decisão de 19 de Janeiro de 1998, Queixa n.º 26308/95, *Déc. Rap.* 92-A, p. 15.

passou a considerar um meio a esgotar antes de apresentar queixa pelo atraso de processos civis findos ou pendentes a referida acção em responsabilidade extracontratual.

Na sua Decisão de 29 de Abril de 2004, Queixa n.º 65 681/01 (Moreira Barbosa), o Tribunal precisou que se o requerente utilizou um dos meios existentes na ordem jurídica portuguesa, como o incidente de aceleração processual no processo penal, já não necessita de utilizar outros meios, nomeadamente a referida acção em responsabilidade extracontratual para cumprir a condição de esgotamento dos meios internos.

Por conseguinte, as queixas contra Portugal que sejam apresentadas ao Tribunal sem que um daqueles meios tenha sido utilizado são declaradas inadmissíveis por uma decisão de Comité.

Fechado o parêntese, note-se que o requerente deve observar as regras formais e de fundo previstas na lei interna: não chega a esgotar o meio o requerente que vê o seu recurso ser declarado inadmissível por um erro formal⁽⁵³⁾.

O que permite acentuar um outro aspecto muito importante e por vezes decisivo.

Imaginemos o caso de um indivíduo que recorre para o Tribunal Constitucional mas que vê o seu recurso recusado por este porque tal recurso não era admissível; ou de alguém que recorre para o Supremo Tribunal de Justiça de um acórdão da Relação, mas o recurso acaba de ser rejeitado porque deste acórdão não cabia recurso.

Nestas duas hipóteses, a decisão interna definitiva será aquela que tratou da questão de fundo e não aquela que rejeitou os recursos.

Acontece, por vezes, que quando se vai apresentar a queixa ela é rejeitada porque já decorreram os seis meses sobre a decisão interna definitiva.

Nestas circunstâncias, de dúvida sobre a admissibilidade do recurso interno, aconselha-se vivamente a apresentação da queixa de imediato.

É verdade que, se o recurso vier a ser a final admitido, a queixa será considerada prematura.

Mas, nesta hipótese, nada de grave está definitivo perdido; após a decisão do recurso, se se entender que a alegada violação da Convenção se mantém, será então de renovar a queixa, sempre dentro do prazo de seis meses.

Efectivamente, repete-se, a queixa tem de ser apresentada no prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

O período de seis meses visa um duplo objectivo: assegurar uma certeza legal e permitir à vítima um tempo suficiente para ponderar sobre a apresentação da queixa⁽⁵⁴⁾.

O prazo conta-se a partir, não da data da decisão, mas do momento em que o requerente ou o seu advogado teve dela conhecimento ou devia conhecê-la⁽⁵⁵⁾.

Se a decisão foi tomada em audiência pública, na presença do requerente ou do seu advogado, é, em princípio, a partir da data da audiência que o prazo começa a correr⁽⁵⁶⁾.

⁵³) Decisão da Comissão de 12 de Janeiro de 1994, Queixa n.º 19 117/91, *Déc. Rap.* 76-A, p. 70.

⁵⁴) Decisões de 27 de Novembro de 1995, Queixa n.º 22714/93, *Déc. Rap.* 83-A, p. 17, e de 22 de Maio de 1998, Queixa n.º 27229/95, *Déc. Rap.* 93-A, p. 45.

⁵⁵) Decisão da Comissão de 28 de Maio de 1991, Queixa n.º 14 056/88, *Déc. Rap.* 70, p. 208.

Porém, se segundo o direito interno, o *conhecimento* da decisão exige notificação escrita, será a partir desta que o prazo se inicia (⁵⁷).

No caso de uma situação contínua, só quando cessa essa situação é que se inicia o prazo (⁵⁸).

A determinação da data da apresentação da queixa, para este efeito, nem sempre se mostra fácil de definir.

O prazo de seis meses interrompe-se com uma simples comunicação por escrito do requerente expondo as suas razões, desde que esta carta não seja seguida de um longo lapso de tempo antes que a queixa seja formalmente completada através do formulário (⁵⁹).

Por isso toda a vantagem em que a queixa seja apresentada desde logo no formulário.

A data a considerar é a da apresentação da carta no Tribunal, se essa apresentação é feita pessoalmente, ou a do carimbo dos correios aposto no envelope.

Mas, se depois o requerente não responde às cartas enviadas pelo Secretariado ou não apresenta devidamente preenchido o formulário da queixa, o Tribunal decidirá, analisando as circunstâncias do caso, se o prazo se deve considerar ou não interrompido (⁶⁰).

Este prazo de seis meses conta-se como no nosso Código Civil e é peremptório.

Não se suspende nem mesmo em férias, e só se compadece, em princípio, com justos impedimentos.

A gestão dos prazos no decorrer do processo para a apresentação de observações ou documentos apresenta, em regra, alguma flexibilidade; pelo contrário, para «os seis meses», o Tribunal é extremamente rigoroso na aplicação deste critério de admissibilidade.

iii) Admissibilidade da queixa

Se a queixa ultrapassa o crivo do Comité, ela será afectada a um juiz relator que prepara uma proposta.

O relator propõe que a queixa seja comunicada ao Governo para observações - em regra, nos casos onde a questão da comunicação não suscita dúvidas, a decisão da comunicação é tomada pelo Presidente de Secção -, ou que a mesma seja declarada inadmissível, nos termos do artigo 35.º da CEDH.

Para a elaboração dessa proposta, o relator, se necessário, solicita ao requerente, ou ao Governo implicado, informação sobre algum elemento da queixa.

Se a proposta de comunicar a queixa for aceite, o Governo é convidado a apresentar as suas observações sobre a admissibilidade e sobre o mérito, em prazo que lhe é acordado.

As observações do Governo são enviadas ao requerente para as comentar.

⁵⁶) Decisões da Comissão de 20 de Maio de 1976, Queixa n.º 5759/72, *Déc. Rap.* 6, p. 15, e de 12 de Julho de 1984, Queixa n.º 9991/82, *Déc. Rap.* 39, p. 147.

⁵⁷) Acórdão Worn, de 29 de Agosto de 1997, R97-V, n.º 45, p. 1547, § 33.

⁵⁸) Decisão da Comissão de 9 de Janeiro de 1996, Queixa n.º 25681/94, *Déc. Rap.* 85-A, p. 134.

⁵⁹) Decisão da Comissão de 14 de Janeiro de 1998, Queixa n.º 24909/94, *Déc. Rap.* 92-A, p. 5.

⁶⁰) Decisão da Comissão de 5 de Abril de 1995, Queixa n.º 22507/93, *Déc. Rap.* 81-A, p. 67.

A partir daqui, a necessidade da representação por um advogado emerge, como já se anotou.

Nesta fase, decide-se eventualmente sobre o pedido de assistência judiciária formulado pelo requerente, decisão que pode vir, aliás, a ocorrer posteriormente.

iv) Audiência sobre a admissibilidade e ou sobre o fundo

Após o recebimento das observações das partes, se subsistirem alguns pontos a esclarecer, pode ter lugar uma audiência onde as partes se pronunciam, em regra, sobre as questões colocadas previamente pela Secção.

A Secção toma, em seguida, uma decisão sobre a admissibilidade, declarando a queixa total ou parcialmente inadmissível ou recebendo-a na sua totalidade.

A Secção pode, nesta ou em qualquer outra fase, enviar a queixa para exame pelo tribunal pleno, salvo se as partes se opuserem – artigo 30º.

v) Estabelecimento dos factos e o acordo amigável

Admitida a queixa, a Secção procura, por um lado, o acordo amigável entre as partes – artigos 38.º, n.º 1, alínea b), da *Convenção* – e, por outro, fixar os factos decisivos para o exame de fundo.

O apuramento dos factos pode implicar um inquérito, mesmo ao local onde os factos se produziram, a realização de exames, a recolha de documentação ou de depoimentos de testemunhas ou peritos.

Quando o acordo amigável é atingido com base nas propostas do Tribunal, ou se esse acordo é conseguido pelas partes e se inspira no respeito dos DH, o Tribunal redige uma sucinta decisão com um breve resumo dos factos e da solução encontrada.

O conteúdo do acordo amigável pode ser muito diversificado, incluindo medidas individuais que resolvem o problema da queixa em concreto, ou ter um alcance geral.

A medida individual mais frequente é a atribuição de uma soma compensatória, muito próxima da reparação razoável prevista no artigo 41.º, que engloba os danos materiais e morais, bem como os custos e honorários relativos aos processos interno e de Estrasburgo.

O acordo amigável pode ocorrer em qualquer fase do processo – cf., por exemplo, o Acórdão Tsavachidis, de 21 de Janeiro de 1999, sobre um acordo amigável celebrado perante o novo Tribunal num processo que vinha da Comissão.

vi) Audiência sobre o fundo

Esgotada a fase escrita, pode haver uma audiência para debater o fundo, se ela já não teve lugar no momento da admissibilidade, onde o requerente e a Parte Contratante expõem contraditoriamente as suas teses, respondem às perguntas do Tribunal, exibem, se necessários, documentos e produzem a restante prova.

Para a audiência, são convocados os representantes das partes, as testemunhas, os peritos e outras pessoas, nomeadamente terceiros admitidos a intervir.

As línguas a utilizar na audiência são, em princípio, o francês ou o inglês, mas pode ser solicitada a utilização de uma outra língua, nomeadamente a materna dos intervenientes.

Estes mesmos princípios aplicam-se à audiência sobre a admissibilidade.

Note-se que o Tribunal, na imensa maioria dos casos decididos em Secção, dispensa estas audiências, observando-se apenas um processo escrito.

vii) Pedido de satisfação razoável

Com a comunicação da decisão de admissibilidade, o Tribunal solicita às partes observações sobre o fundo e sobretudo um eventual acordo amigável, e solicita ao queixoso que apresente, normalmente no prazo de dois meses, o seu pedido sobre a satisfação razoável, nele se incluindo os danos materiais e morais sofridos, as despesas e os honorários do seu advogado.

Três notas a reter.

A primeira: mesmo que se tenha formulado um pedido de satisfação razoável no formulário da queixa, deve responder-se ao convite do Tribunal; se não há resposta, de nada vale o que se avançou no formulário.

A segunda: este prazo de dois meses é para ser cumprido; o Tribunal, poderá, perante razões convincentes, conceder uma prorrogação deste prazo.

Mas esgotados os dois meses sem apresentação do pedido sobre a satisfação razoável ou sem o pedido de prorrogação de prazo, o que vier a ser apresentado depois não será, em princípio, considerado.

Terceira: o pedido deve ser o mais pormenorizado possível, descrevendo-se convenientemente todos os itens que contribuem para o seu montante.

Relativamente aos honorários dos advogados, que abarcam também a actividade desenvolvida a nível interno para pôr cobro à violação, a prática demonstra que o Tribunal é muito sensível a uma nota de honorários apresentada em devida forma.

viii) O Acórdão da Secção

Se o acordo amigável não for obtido, o Tribunal elabora, em seguida, o acórdão, concluindo ou não sobre a existência de violação da *Convenção*.

Se concluir que há violação, e se essa violação não puder ser efectiva e completamente reparada no direito interno, pode fixar uma indemnização à vítima no próprio acórdão ou, mais tarde, em acórdão próprio.

O acórdão é lido em audiência pública pelo presidente ou por um outro juiz ou depositado no *greffe*, depósito que equivale à publicação.

O acórdão é transmitido ao Comité de Ministros, órgão encarregado de velar pela sua execução – n.º 2 do artigo 46.º da *Convenção*.

O acórdão da Secção é definitivo – artigo 42.º, n.º 2, da *Convenção* – salvo se for requerida a intervenção do Tribunal pleno – artigo 44.º da *Convenção*.

As partes podem pedir, no ano seguinte à sua publicação, uma interpretação do acórdão.

As partes podem pedir a revisão do acórdão, no prazo de seis meses a partir do conhecimento de um facto que pudesse influenciar decisivamente a decisão e que, na altura em que esta foi proferida, era desconhecido.

O processo pode ser arquivado mesmo nesta fase, se o requerente desiste ou se se chega a um acordo amigável.

ix) Intervenção do Tribunal pleno

Nos termos do art. 30º da CEDH, verificadas as condições ali previstas, o exame da queixa pode ser cometido pela Secção ao Tribunal pleno, em qualquer fase do processo, ou seja, mesmo antes da decisão sobre a admissibilidade, desde que as partes se não oponham.

Nos termos do art. 44º da CEDH, a intervenção do tribunal pleno acontece também a requerimento de uma ou das duas partes que não aceitarem a decisão da secção sobre o fundo.

No prazo de três meses a contar da data do acórdão, as partes, que a tal não tenham renunciado, podem pedir que a queixa seja examinada pelo pleno.

Este pedido é, em seguida, analisado por um *Comité* de cinco juízes.

Se o pedido for aceite, o pleno examina a queixa, realizando, em regra uma audiência, e decide por acórdão – artigos 43.º e 44.º da *Convenção*.

O Tribunal pleno tem competência para examinar a queixa em todos os seus aspectos, das condições de admissibilidade ao fundo.

x) Execução dos Acórdãos

Compete aos Estados parte executar os Acórdãos do Tribunal sob a supervisão do Comité de Ministros.

Em regra não tem havido dificuldades para os Estados efectivarem o pagamento das quantias em que foram condenados no quadro da satisfação razoável.

xi) O processo abreviado.

Prevê-se no n.º 4 do art. 29º da CEDH que, em circunstâncias excepcionais, as decisões sobre a admissibilidade e o fundo possam ser tomadas conjuntamente.

Segundo o § 78 do Relatório explicativo do Protocolo n.º 11, isto poderá acontecer quando um Estado não se oponha à admissibilidade da queixa.

Contudo, devido às circunstâncias dramáticas em que o Tribunal foi obrigado a trabalhar face à avalanche dos casos repetitivos e clones, gerou-se a tendência para juntar a decisão sobre a admissibilidade, proferindo o Tribunal um acórdão que contempla os dois aspectos.

Antecipou-se uma medida que o Protocolo n.º 14 veio a consagrar na nova redacção dada a este artigo.

Esquemáticamente, uma vez recebidas as observações do Governo que, desde logo, se deve pronunciar sobre a admissibilidade e o fundo, estas observações são enviadas ao queixoso, a quem é solicitado que:

- a) responda às observações do governo;
- b) se pronuncie sobre o acordo amigável;
- c) apresente o seu pedido de satisfação razoável.

Se o acordo amigável não for possível, o Tribunal, numa só decisão, pronuncia-se sobre a admissibilidade e, se necessário, sobre o fundo.

O importante a reter é o prazo para apresentar o pedido de satisfação razoável, pedido sujeito aos condicionamentos já antes apontados, ou seja, respeito pelos prazos ou pedido de prorrogação dentro do prazo inicialmente fixado.

IV

O advogado como representante do Estado ou de uma terceira parte interveniente.

O advogado pode surgir perante o Tribunal ao lado do Agente do Governo integrando representação do Estado requerido ou representar um terceiro interveniente.

Mas a economia desta intervenção não permite que este tipo de representação seja aqui analisado.

V

A situação actual do sistema e sua possível evolução

O Tribunal constitui um mecanismo único no Mundo, funcionando em permanência, dotado de poderes de investigação e de sanção.

Cerca de 800 milhões de cidadãos europeus e, potencialmente, todos os cidadãos do Mundo que estabeleçam uma relação com um dos Países contratantes podem dirigir-se ao Tribunal, apresentando uma queixa.

Desde 1980, com o aumento constante do número de casos, tem sido cada vez mais difícil manter a duração do processo em Estrasburgo dentro de limites aceitáveis e o problema agravou-se com a adesão de novos Estados a partir de 1990.

Face a esta situação preocupante em que se encontra o Tribunal, sem capacidade para responder a todas as queixas que lhe são apresentadas em tempo útil, não obstante todos os paliativos acima referidos, o Conselho da Europa tenta, com a reforma introduzida pelo Protocolo n.º 14, aberto à assinatura a 13 de Maio de 2004, que a credibilidade do sistema europeu de protecção dos Direitos do Homem não seja posta em causa de uma forma definitiva.

Este Protocolo, para além de outras medidas que relevam de outras preocupações, pretende conferir ao Tribunal os meios de processo e de flexibilidade para examinar o conjunto das queixas em prazos aceitáveis, permitindo-lhe concentrar-se sobre os casos mais importantes que necessitam de um exame cuidadoso.

As modificações principais introduzidas relevam de três domínios principais:

- o reforço da capacidade de filtragem do Tribunal para as queixas manifestamente mal fundadas, conferindo-se a um só juiz a competência para as rejeitar;
- um novo critério de admissibilidade para os casos nos quais o requerente não sofreu um prejuízo importante;
- medidas especiais para os casos repetitivos, que são decididos por um Comité de três juizes.

Sem pretender negar a importância deste Protocolo e o esforço feito pelo Tribunal com a introduções de um mais simplificado modo de agir e com a adopção dos chamados «acórdãos pilotos», duvida-se que a situação melhor enquanto o volume de queixas continuar todos os anos a aumentar.

Efectivamente, é preciso dizê-lo, a situação do Tribunal é actualmente de quase ruptura.

Com uma entrada anual de 40900 queixas em 2005 e com uma pendência cifrada em 80250, desde há muito que se entendeu que a reforma introduzida pelo Protocolo 14 tinha de ser «reformada».

Por isso foi nomeado um *Comité* de «sábios» para estudar e propor soluções.

Nestes dias de tímida esperança, só nos resta aguardar o resultado deste *Comité* com a confiança possível.

Lisboa, 26 de Janeiro de 2006

Ireneu Cabral Barreto