

O Advogado Penalista

GERMANO MARQUES DA SILVA *

Resumo: Introdução. I. Questões comuns ao advogado do ofendido e do arguido: 1. O patrocínio forense. A relação de confiança; 2. O advogado e os factos. As investigações privadas; 3. A discussão pública da causa; 4. A função de contenção dos crimes e dos processos. II. O advogado do assistente; 5. A protecção dos ofendidos; 6. O assistente e o seu advogado como colaboradores e subordinados ao Ministério Público. III. O Advogado defensor: 7. Toda a causa tem defesa; 8. Postura do arguido e direito ao silêncio; 9. Relação de confiança e actividade da defesa; 10. Motivações dos advogados defensores no crime. Conclusão.

Introdução

I. Vamos procurar indicar algumas características do advogado penalista, tendo em conta os seus poderes e deveres processuais e deontológicos. Para além das exigências legais de estatuto, tentaremos apreender as incidências da condição do advogado penalista na estratégia e tática da sua intervenção no processo, ressaltando desde já, porém, que no que respeita ao modo de actuação não é possível traçar modelos rígidos, mas tão-só detectar características gerais que as funções de representação do ofendido e do arguido recomendam e resultam sobretudo da observação empírica.¹

JURISMAT, Portimão, n.º 4, 2014, pp. 15-33.

* Professor Catedrático de Direito e Processo Penal, Universidade Católica Portuguesa; Advogado (distinguido com a Medalha de Ouro da Ordem dos Advogados portugueses).

¹ O texto foi inicialmente submetido à apreciação crítica de vários advogados penalistas e recolhe os seus contributos. Não é, porém, um texto consensual mas reflecte o sentido da maioria das observações. A falta de consenso ficou evidenciada em razão da diversidade de categorias de crimes a que cada um se dedica de modo predominante e da personalidade de cada um.

Não há um modelo único de actuação processual, quer na veste de advogado de acusação quer de defesa,² tanto mais que não há dois processos iguais nem perfil ideal de advogado penalista. Cada advogado tem a sua personalidade e o seu estilo, personalidade e estilo que, em regra, condicionam o tipo de intervenções e até das acções que patrocinam. De todos é pressuposto possuírem boa formação jurídica geral e no direito penal, em especial, razoável cultura geral, serem argutos, intuitivos, corajosos, combativos e espertos no processo penal.³ Acresce que o penalista é sempre um sonhador e é guerreiro, sempre pronto para a especulação e para a luta processual, mas também sempre atento aos riscos do processo e por isso disponível para procurar um bom acordo.⁴

II. Um processo criminal não tem nada a ver com os “casos práticos” dos exercícios universitários. Nestes importa apenas o conhecimento da teoria do direito penal porque os factos são dados como indiscutíveis, estilizados e amorfos; é indiferente a personalidade do juiz ou jurados, do agente do Ministério Público e dos advogados, das testemunhas, do ofendido e do arguido. Introduzidos todos os factos da hipótese, o computador daria a solução jurídica, porventura muitas vezes com mais acerto teórico do que um mestre no direito penal, mas necessariamente alheia ao pulsar da vida. No processo, pelo contrário, antes do direito palpita a vida do ofendido e do arguido, os interesses em conflito, a segurança, a paz social e a opinião pública e com tudo se constrói na audiência o “facto” judiciário; a lei vem em segundo plano.

O estudante de direito procura a correcta aplicação da lei aos factos pressupostos, segundo a teoria, enquanto o advogado busca através do contraditório da prova e

² A doutrina aponta geralmente dois grandes modelos de estrutura da defesa: a ruptura e a conviência. O modelo de ruptura, próprio dos processos de cariz político, não discute os factos, discute a legitimidade da perseguição penal; neste tipo de processos destaca-se a função da defesa, sendo irrelevante, em regra inexistente, a intervenção do advogado na veste de acusador particular. O modelo de conviência é o próprio dos processos comuns; aceita a legitimidade da perseguição penal, discute os factos e o direito, visando a aplicação da lei aos factos apurados a final do processo.

³ A grande maioria dos vícios dos actos processuais constitui mera irregularidade e o vício fica sanado se não for arguido pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado (art.123º do CPP). Na maior parte das vezes não há tempo para ir estudar o caso: ou conhece a lei e argui a irregularidade ou ela fica sanada.

⁴ O processo penal tradicional não conhecia consensos. A partir da acusação traçavam-se armas entre o acusador e o defensor. O processo penal moderno conhece amplas formas consensuais (suspensão provisória do processo, processo sumaríssimo, acordos de sentença, etc.). Como o guerreiro que só faz a guerra se pela negociação não obtiver a paz que almeja também o advogado penalista só vai para julgamento se não conseguir uma solução de consenso que convenha ao seu constituinte. A decisão compete sempre ao constituinte, depois de devidamente esclarecido pelo advogado sobre as eventuais vantagens do consenso e riscos do julgamento.

demais regras do processo criar uma “verdade judiciária” favorável aos interesses que patrocina, vindo depois a lei como consequência.

I. Questões comuns ao advogado do ofendido e do arguido

1. O patrocínio forense. A relação de confiança

I. O patrocínio forense é “elemento essencial à administração da justiça” (art. 208º da CRP) e o advogado tem como dever deontológico *pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça, não advogando contra o direito, não usando de meios ou expedientes ilegais, nem promovendo diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou a descoberta da verdade* (art. 85º do EOA).

Com efeito, o advogado, quer quando actua como defensor quer como representante do assistente, tem sempre por dever o combate pelo aperfeiçoamento da administração da justiça, combate pela estrita aplicação das regras jurídicas, mesmo das mais draconianas. A função do advogado, seja na veste de representante do assistente, seja na de defensor, é sempre de combate pelo aperfeiçoamento da administração da justiça e é este combate que legitima a sua intervenção e o constitui como «elemento essencial à administração da justiça», na expressão constitucional.

Unidos na função e objectivo comum de combate e realização da justiça, defensores primeiros da legalidade do procedimento e da prova, as intervenções processuais do advogado “acusador” e do advogado “defensor” não se equiparam inteiramente porque a função específica de cada um é legalmente condicionada pelo fim mediato a atingir no processo: o acusador, como o Ministério Público, a verdade material dos factos e a correção teórica da sentença; o advogado defensor tão-só que o resultado prático do processo seja o mais favorável para o seu constituinte sem injusta condenação de terceiro. Aparentemente discrepantes as funções e objectivos comuns com fins mediatos e meios de intervenção diferenciados, as actuações processuais convergem para o fim último comum em razão das exigências materiais do processo penal democrático: a tutela dos interesses ofendidos, a condenação dos culpados (*impunitum non relinquit facinus*) e a protecção dos inocentes (*innocentum non condemnari*), no escrupuloso respeito dos direitos fundamentais de todos os intervenientes, com especial incidência nos direitos do ofendido e do arguido, e submetidos aos princípios jurídico-políticos da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, que são valores político-jurídicos da nossa civilização.

II. O advogado penalista trabalha geralmente só ou com dois ou três colaboradores imediatos, mesmo se integrado num grande escritório.⁵ É que, pressupondo embora o conhecimento pormenorizado dos autos, o que necessariamente implica muito trabalho de gabinete, a sua actividade decorre essencialmente na barra do tribunal, na produção e contraditório das provas, o que, além da estratégia inicial, exige sobretudo uma tática ajustada a cada acto processual produzido em audiência. Por isso é muito difícil que o advogado planeie prévia e rigidamente as suas intervenções processuais, porque as surpresas na produção de prova pessoal ocorrem a todo o instante, e se possa fazer substituir por um outro advogado que não tenha acompanhado muito de perto o processo e participado nos actos processuais anteriores.

Acresce que a relação de confiança entre advogado e constituinte é essencial ao bom desempenho do patrocínio até porque as mais das vezes os constituintes, seja o ofendido ou o arguido, porque não percebem o rito processual não compreendem a razão e oportunidade dos actos do advogado, lamentam-se frequentemente da passividade do advogado substituto, censurando-lhe a falta de conhecimento ou de empenho no processo. Por isso que os constituintes só com relutância compreendem e aceitam a substituição do advogado nos actos processuais, sobretudo os mais importantes, o que obriga a uma disponibilidade de agenda nem sempre possível.⁶

III. Uma nota mais, ainda que supérflua, mas que é sempre conveniente recordar aos mais novos: as funções, poderes e deveres dos advogados são as mesmas ou se trate de advogado constituído ou de patrocínio officioso dos financeiramente carentes.

2. O advogado e os factos. As investigações privadas

I. O advogado não cria factos qualquer que seja a qualidade em que intervém no processo. Trabalha o direito com os factos do processo recolhidos pela investigação pré-acusatória e pelos que lhe são dados a conhecer pelo seu constituinte ou descobre com a sua própria investigação.

⁵ Evidentemente que não se trata de uma regra, mas apenas de tendência, porque depende muito da organização dos escritórios e também do tipo de processos que patrocinam. Assim, por exemplo, nos processos por crimes económico-financeiros o trabalho de bastidores é muito mais complexo do que nos processos por crimes comuns, a justificarem a colaboração de especialistas nas diversas áreas envolvidas (v.g., banca, seguros, entidades reguladoras, etc.). Nestes processos a prova é as mais das vezes mais documental do que pessoal.

⁶ Por isso que seja muito importante a gestão do processo por parte do tribunal e que as audiências sejam planeadas desde o início para que os advogados possam organizar as suas agendas. É que geralmente a substituição do advogado prejudica o constituinte, desde logo no plano psicológico. O tribunal deve fazer os esforços possíveis para que o arguido seja assistido pelo advogado que o patrocina desde o início.

Para o advogado do ofendido o ponto de partida é a descrição dos factos que lhe é feita pelo cliente, quando tem de promover a instauração do processo; para o defensor é a descrição constante da acusação. Nada impede, porém, que o advogado, da acusação ou da defesa, investigue os factos pertinentes e convenientes aos interesses que patrocina, respeitados os limites impostos por lei, mas não inventa, não cria factos constitutivos, dirimentes ou simplesmente probatórios nem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Uma das dificuldades com que se depara o penalista é precisamente a limitação legal e material para proceder a investigações privadas na busca de factos convenientes à tutela dos interesses dos seus constituintes, tendo muitas vezes de se limitar à exploração dos factos recolhidos oficialmente na investigação pré-acusatória, o que não se nos afigura adequado ao processo de estrutura acusatória.

É pressuposto que a *notitia criminis* seja oficialmente investigada em ordem à reconstituição da verdade histórica, devendo a investigação ser conduzida à *charge et à décharge*, para que a verdade judiciária corresponda à verdade material que é dela pressuposto, mas a realidade é bem diversa da teoria, por incompetência algumas vezes, em que se inclui o excesso de zelo das mentalidades justiceiras, por demagógica pressão da opinião pública também, pelo elevado número de processos que atravancam os gabinetes das polícias e do Ministério Público, as mais das vezes, mas também por imposições legais ditadas pela política criminal prosseguida em cada momento.

II. Por isso que para eficácia da tutela dos interesses dos ofendidos e dos arguidos cada vez se torne mais necessária a investigação privada, devendo, porém, reconhecer-se que necessariamente terá de haver limites legais para protecção dos direitos de terceiros, e que são inevitáveis as limitações decorrentes da capacidade económica e financeira dos constituintes para suportarem os custos das investigações.⁷ Esta limitação é imediata e mais acentuada nos casos de patrocínio officioso, mas também o é na grande maioria dos processos com patrocínio constituído.⁸

⁷ Desde pelo menos a 1ª edição do nosso *Curso de Processo Penal*, em 1992, que pugnamos pela regulamentação das investigações privadas por as considerarmos importantes à realização da justiça no processo de estrutura acusatória, sem sucesso embora, porventura por falta de empenho dos penalistas. Registamos a companhia nesta reivindicação do Professor e Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Paulo Pinto de Albuquerque (*Comentário do Código de Processo Penal*, 4ª ed., 2011, p. 189-190).

⁸ Uma questão que em nossa opinião a lei não resolve satisfatoriamente respeita ao número de testemunhas que pode ser arrolado pela defesa em confronto com a acusação. Na verdade, segundo o entendimento comum da lei, o Ministério Público pode arrolar até 20 testemunhas e outras tantas o assistente, mas o arguido só pode arrolar 20 (arts. 283, 284º e 315º). «Igualdade de armas?» As armas de que a acusação e a defesa podem utilizar são essencialmente os meios de prova que podem produzir no processo!

Neste plano das investigações a cargo do advogado, torna-se absolutamente necessário que tenha a liberdade de contactar com as testemunhas para conhecer o seu perfil psicológico e o que sabem com relevância para o processo. Assim o impõe a economia processual e a eficácia dos depoimentos, impostas desde logo pela limitação legal do número de testemunhas que podem ser arroladas (arts. 283º e 315º).⁹ Não é minimamente admissível que o advogado arrole testemunhas para sustentar a sua posição processual sem conhecer o que elas sabem sobre o objecto do processo ou não conheça o perfil psicológico de cada uma para perceber como interrogá-las.

III. O advogado não pode aceitar acriticamente a narração de factos que lhe faz o cliente, ofendido ou acusado, porque é frequente o exagero ou a omissão. Deve, por isso, analisá-los criticamente em ordem a comprovar a sua consistência e as suas circunstâncias para a partir deles procurar construir a verdade judiciária na perspectiva do interesse da “parte” que patrocina. Relativamente ao ofendido para evitar denúncias caluniosas e ao acusado sobretudo para evitar surpresas que podem comprometer a defesa.¹⁰ Em qualquer caso é absolutamente vedado ao advogado criar factos, mesmo que instrumentais, porque além de deontologicamente inaceitável constitui gravíssimo risco para o profissional do foro. Desde logo perde o respeito do cliente que passa a considerá-lo um aldrabão.

3. A discussão pública da causa

I. Neste nosso tempo dominado pela comunicação reveste especial delicadeza a pronúncia pública dos advogados sobre a matéria do processo. O Estatuto da Ordem é rígido e peremptório: «*O Advogado não deve pronunciar-se publicamente, na imprensa ou noutros meios de comunicação social, sobre questões profissionais pendentes*» (art. 88º, nº 1, do EOA). Rígida a lei, mas muito difícil de cumprir e por isso também constantemente violada.

Difícil de cumprir porque nos processos mediáticos o advogado é constantemente afogado pelos média e a necessária cortesia para com os seus profissionais impede-o de permanecer mudo perante a avalanche de perguntas. Difícil também porque o advogado se depara frequentemente com comentários sobre a sua postura processual e do seu constituinte e relatos distorcidos dos factos relevantes para o processo,

⁹ Neste domínio reina grande confusão na jurisprudência da Ordem dos Advogados e nos tribunais ao considerarem que o advogado não pode contactar com as testemunhas, quer do rol da sua «parte» quer da outra. O que o advogado não pode fazer é instruir as testemunhas, mas não pode ser-lhe vedado o direito de com elas conferenciar sob pena de se limitar gravemente os deveres de patrocínio. Tenha-se também em conta que o Ministério Público quando elabora o seu rol sabe o que as testemunhas conhecem do processo e pode seleccioná-las de entre as muitas mais que tenham sido inquiridas na investigação pré-acusatória.

¹⁰ Em especial sobre a defesa, cf. *Infra*, nº 10.

tendo necessidade para salvaguarda dos interesses do seu cliente de esclarecer atitudes ou repor a verdade. A lei permite-lho excepcionalmente (art. 88º, nº 6, do EOA), mas é preciso muita atenção e cuidado, além de que a pronúncia do advogado é sempre suspeita para o público. O patrocínio faz-se nas audiências porque há sempre o perigo de o advogado também se tentar com os microfones ou as luzes da ribalta.

II. Esta questão é muito sensível e difícil sobretudo nos processos mediáticos porque frequentemente são os próprios constituintes que não entendem o dever de contenção de pronúncia pública a que o advogado está sujeito, reclamando-lhe desesperados que em paralelo com o que faz no pretório advogue a sua causa na praça da comunicação onde também é “julgada” e não raras vezes com consequências muito graves para a honra, vida familiar e profissional das pessoas envolvidas¹¹. Em regra os média não gostam de inocentes nem de ofensas leves ou justificadas porque não têm público e por isso a experiência mostra como tantas vezes a realidade é diferente da notícia.

III. O advogado tem de ter muito cuidado com o que diz fora da sala de audiências. Na sala a sua palavra é livre. Pode dizer o que quiser sem arriscar processos por difamação desde que o seu discurso tenha relação com a causa e seja correcto na forma, não se afastando «do respeito devido ao tribunal e às instituições vigentes» (art. 154º, nº 2, do CPC). Pode criticar todas as pessoas e instituições, a imprensa, os políticos, a polícia, os próprios membros do tribunal, e pode até divertir-se com as peripécias do processo. Fora da audiência o advogado é um simples cidadão.

4. A função de contenção dos crimes e dos processos pelos advogados penalistas

Os advogados penalistas exercem uma importantíssima função, raramente valorizada, na contenção da criminalidade e dos processos, empolando preventivamente a gravidade das sanções aplicáveis a determinados comportamentos, por uma parte, ou dissuadindo as “vítimas” de promoverem processos, por outra.

A contenção ocorre essencialmente no âmbito das actividades empresariais, dominadas pelo sucesso económico mas muitas vezes não tanto com a legalidade dos meios. O advogado é geralmente considerado um “entreve” porque vê ilegalidade, vê crime, onde os comerciais vêem apenas negócios.

Quando o advogado é consultado sobre se determinado facto é ou não ilícito e pode ou não constituir crime e qual a pena aplicável – e geralmente só é consultado quan-

¹¹ Não é raro que os advogados sejam solicitados pelos seus constituintes a falar para a comunicação à porta do tribunal simplesmente porque gostam de o ver na pantalha a defender a sua causa e de preferência a atacar a «parte» contrária, as testemunhas e o próprio tribunal.

do os comerciais têm consciência de que a conduta é de legalidade pelo menos duvidosa e procuram o conforto do advogado para a execução dos seus propósitos – deve ser muito contido, nunca arriscando uma opinião sobre a legalidade do comportamento quando não está inteiramente seguro da resposta.¹²

O advogado penalista é também frequentemente procurado por pessoas que exercem funções empresariais ou públicas de relevo para as patrocinar em processo crime por ofensa à honra através dos meios mais diversos: na comunicação social, em reuniões públicas, em processos judiciais, em cartas ou *mail's*, etc.. As pessoas sentem-se gravemente ofendidas na sua honra quando as mais das vezes os factos relatados são públicos e os juízos emitidos respeitam à sua competência profissional ou orientações políticas e frequentemente até a propósito de processos públicos em que directa ou indirectamente estão envolvidos. O advogado tem de ter muito cuidado e jeito para explicar que aqueles relatos ou juízos não são objectivamente ofensivos ou são juridicamente justificados ou desculpados, que cabem no âmbito do exercício do direito de informar e de opinar, criticando, naturalmente quando assim é, porque os “ofendidos” estão geralmente muito susceptíveis emocionalmente.

Em ambos os casos que são muito frequentes na advocacia penalista, a independência¹³ do advogado ajuda muito como ajuda muito a sua competência e o seu reconhecimento por parte do consulente.

II. O Advogado do ofendido/assistente

5. A protecção dos ofendidos

I. Merecem igual protecção legal tanto os interesses e direitos do ofendido como os do arguido (art.6º da CEDH).¹⁴ A intervenção do advogado visa precisamente essa

¹² Quando há mais de quarenta anos o A. iniciou a sua actividade como advogado penalista ao serviço de um banco, foi-lhe recomendado por um velho advogado que quando consultado pelos comerciais sobre a ilicitude penal de qualquer facto deveria responder do seguinte modo: se tivesse dúvidas diria que era crime; se o crime fosse punível com 3 meses de prisão diria que era punível com três anos e se fosse com pena de três anos diria que era de nove ou dez (sempre o máximo da pena aplicável e exagerando até!). Se se tratasse simplesmente de multa sem risco de pena acessória deveria indicar o valor no seu limite máximo, mas se a pena acessória possível fosse grave, deveria também exagerar. E acrescentava: se assim não fizer e alguma vez quem o consultar se tiver de sentar no banco dos réus, mesmo que venha a ser absolvido ou punido levemente, há-de pensar sempre que não foi suficientemente esclarecido ou advertido para a gravidade do crime e da pena. Decorridos mais de 40 anos o A. está convencido que esse conselho que seguiu fielmente o ajudou a prevenir muitos crimes.

¹³ Para o advogado de empresa nem sempre é fácil manter a independência que lhe é reconhecida e imposta pelo seu estatuto profissional. Convém que se acautele dando a resposta por escrito.

tutela e por isso que em qualquer dos casos lhe está vedado advogar contra o direito; os meios processuais do assistente e do arguido é que, tendo como denominador comum a lei, não são inteiramente coincidentes porque visam a realização de interesses diversos. Vem de longe a ideia da insuportabilidade da condenação do inocente, traduzida pelo brocardo *satius enim esse impunitum relinquí facinus nocentis quam innocentem damnare* (D.48,19,5), mas ao lado da protecção do inocente também o princípio de que se deve procurar a condenação do culpado (*impunitum non relinquí facinus*). Embora parte no processo, diversamente do Ministério Público que deve pautar a sua intervenção processual por critérios de estrita objectividade, também o advogado do assistente deve buscar a verdade material, pois é deontologicamente inadmissível que possa pugnar pela condenação do arguido inocente. O advogado defensor pode omitir factos que sejam prejudiciais ao seu constituinte, desde que dessa omissão não possa resultar a condenação de um inocente; o advogado do assistente deve colaborar com o Ministério Público e o tribunal na descoberta da verdade e por isso lhe é deontologicamente vedado omitir quaisquer factos ou provas do seu conhecimento se dessa omissão puder resultar injusta agravação da situação do arguido.¹⁵

O ofendido tem geralmente muita dificuldade em perceber estes deveres do seu advogado porque entende que ele deve ser simplesmente o seu porta voz. É justamente por isso que o assistente não pode intervir pessoalmente no processo, tendo de ser necessariamente representado por advogado. A independência do advogado em relação ao constituinte é ainda mais importante quando assume a qualidade de representante do assistente do que quando é defensor.

IV. O patrocínio do ofendido pelo advogado tem igual dignidade como a sua intervenção na qualidade de defensor.

Dir-se-á que a protecção das vítimas é desde logo da competência do Ministério Público ao promover o processo, dirigindo a investigação, deduzindo a acusação e suportando-a em julgamento, porque o crime ofende primordialmente interesses da comunidade, mas não é necessária ou absolutamente assim. Desde logo há crimes para cuja perseguição penal é essencial a intervenção do ofendido na qualidade de assistente (crimes particulares), mas mesmo em relação à generalidade dos crimes semipúblicos e em grande número dos crimes públicos quem primeiro e imediatamente sofre o mal do crime são os particulares e, por isso, a sua participação activa

¹⁴ Albuquerque, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, p. 210, entende que «o direito constitucional de protecção contra a vitimização primária, repetida e secundária é um direito constitucional de natureza análoga, densificado a partir do conteúdo perceptivo do conceito de Estado de Direito, lido à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem». Estamos plenamente de acordo com este entendimento.

¹⁵ Tenha-se em atenção que o art. 359º do CP pune como crime as falsas declarações prestadas pelo assistente e só pune o arguido por falsas declarações relativas à sua identidade.

no processo, na qualidade de assistente, permite dar-lhe satisfação pela ofensa sofrida, convencendo-o da realização da justiça no caso.

A intervenção no processo dos particulares ofendidos é considerada por muitos uma excelente e democrática instituição, e assim o entendemos também, não só por permitir dar satisfação moral à vítima, permitindo-lhe participar na tarefa do Estado para que lhe seja feita justiça pela justa condenação de quem o ofendeu, mas também por facilitar a actividade do Ministério Público e concorrer para uma mais eficiente fiscalização da administração da justiça¹⁶. No plano da fiscalização da administração da justiça é de destacar a admissibilidade de constituição de assistente em crimes em que não há ofendido particular, mas são gravemente ofensivos da comunidade ou próprios de pessoas que ocupam lugares de relevo no aparelho do Estado [art. 68, n° 1, al. e), do CPP].¹⁷

6. O assistente e o seu advogado como colaboradores e subordinados ao Ministério Público

I. O assistente tem a posição processual de colaborador do Ministério Público a cuja actividade subordina a sua intervenção. Estas características do estatuto do assistente reflectem-se na actividade do advogado através de quem necessariamente intervém no processo por não ser admitido a intervir pessoalmente.

A necessária representação judiciária do assistente por advogado, mesmo tratando-se de crimes particulares, visa assegurar que a busca da verdade como finalidade do processo não seja perturbada pela natural emoção de quem é ou se julga vítima de um crime perpetrado pelo arguido. Não se trata de exigência imposta pela necessidade de conhecimento da técnica processual, mas de garantia de objectividade no exercício do *ius puniendi* do Estado. No processo penal democrático exerce-se o poder do Estado de condenar o culpado, mas só o culpado, e não resolver um conflito intersubjectivo pela satisfação de um dos interesses em confronto, como sucede, em geral, nos demais ramos do direito.

¹⁶ É sintomática a admissibilidade de constituição de assistente por qualquer pessoa nos «crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção [art. 68º, nº 1, al. e)].

¹⁷ Crimes contra a paz e a humanidade, tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção.

A jurisprudência mais recente tem vindo a entender que se o assistente for advogado não necessita de se fazer representar por advogado. Admitimos a correcção desta orientação em face dos textos legais pertinentes, mas consideramos uma péssima solução pela natural perda de objectividade e serenidade do assistente/advogado e pela perturbação e conflitos que a emotividade natural nas vítimas pode causar nas instâncias ao arguido e às testemunhas arroladas pela defesa.

II. Há quem entenda que a intervenção do advogado na qualidade de representante do assistente é espúria, desde logo em razão da subordinação da sua intervenção à actividade do Ministério Público, o que poderia ser considerado incompatível com a independência estatutária do advogado (arts. 75º e 84º do EOA). A subordinação do assistente ao Ministério Público tem a ver, no plano dos princípios, apenas com a finalidade das funções da acusação pública e do assistente: a descoberta da verdade material e consequente justa aplicação da lei aos criminosos, e na tramitação processual pelo domínio dos poderes do Ministério Público, nomeadamente na fase de investigação pré-acusatória.

Não nos parece procedente a objecção relativa à subordinação da intervenção do assistente à actividade do Ministério Público, como sendo conflituante com a independência estatutária do advogado (arts. 75º e 84º do EOA). São muito amplos os poderes que o assistente exerce com autonomia relativamente ao Ministério Público e a subordinação respeita no plano dos princípios a que só deve pugnar pela condenação dos culpados e que relativamente a alguns actos estruturantes do processo é dominante a posição do Ministério Público, como sucede no inquérito e na acusação por crimes públicos e semipúblicos. Naquele, o assistente tem uma função de auxiliar porque o Ministério Público é o *dominus* da fase processual, mas o auxílio do assistente pode ser muito relevante; na acusação a função é de complemento, quando a acusação do assistente não altera substancialmente os factos, ou de colaboração e fiscalização para a boa aplicação da lei, quando acusa complementarmente ou requer a abertura da instrução por discordar do arquivamento ordenado pelo Ministério Público ou, substancialmente, da acusação por ele deduzida. Já na acusação particular a autonomia do assistente é muitíssimo ampla¹⁸. Na audiência de julgamento a autonomia do assistente é praticamente total quer nas promoções, quer nos interrogatórios, nas alegações e até nos recursos,¹⁹ nada impedindo que tome posição contrária à do Ministério Público.²⁰

¹⁸ Em caso de acusação do Ministério Público a subordinação ocorre também na limitação do assistente em não poder requerer a abertura da instrução quando discorde do juízo daquele sobre a suficiente indicição dos factos. Entende-se que neste caso o assistente não tem interesse no processo e que a fiscalização será promovida pelo arguido e a comprovação ocorrerá sempre pelo tribunal em julgamento.

¹⁹ Em matéria de recursos a jurisprudência é mais restritiva porque só admite o recurso relativamente à medida da pena quando o assistente mostre ter nisso interesse, embora se entenda que o

III. O Advogado defensor

7. Toda a causa tem defesa

Para o advogado defensor não há acusação que não possa ser posta em causa, ainda quando os factos essenciais pareçam abundantemente indiciados; há sempre um detalhe ou uma circunstância que escapa à acusação e pode ser invocada em benefício do arguido. Por isso que o primeiro reflexo do advogado de defesa consiste em nunca aceitar a tese da acusação, por muito simples que aparente ser, porque, estando em causa a liberdade de uma pessoa, nada na vida é simples. Fosse outra a postura moral do advogado e na maioria das causas limitar-se-ia à estafada “peço justiça”, fórmula vazia que significa lavar as mãos como Pilatos, abdicando da função que a lei lhe confia e a ética profissional lhe impõe. Não há caso em que não seja possível alegar uma circunstância a favor do arguido. Atente-se, porém, que o advogado não cria factos; analisa os factos da acusação e traz ao processo novos factos justificativos ou desculpantes e todas as circunstâncias relevantes para o arguido, mas é-lhe absolutamente vedado criar factos, directa ou indirectamente, isto é, induzindo o arguido ou testemunhas a mentir em tribunal.²¹

Importa ter sempre presente que para o Direito o que releva é a verdade judiciária dos factos e que ninguém é culpado ou inocente sem o ser declarado com a solenidade processual que a lei dispõe para prevenir os erros judiciários. Acresce que na reconstituição judiciária dos factos alegados na acusação domina a livre convicção do julgador, que há-de assentar na prova em audiência, sendo muito relevante e frequentemente decisiva a prova pessoal por declarações. É, porém, da experiência comum que a inconstância é apanágio da prova pessoal e, com o decurso do tempo, a solenidade e o circo da audiência em que as mais das vezes participam pela primeira vez, as testemunhas e declarantes tendem ou a emendar, a omitir ou a acrescentar circunstâncias dos factos, muitas vezes em função do modo como são interrogadas, e até sem se aperceberem das discrepâncias com declarações anteriores, dando o dito

interesse do assistente pode consistir simplesmente na justa decisão. De qualquer modo, ainda que o Ministério Público se conforme com a decisão, o assistente pode recorrer autonomamente na grande maioria dos casos. Cf. Albuquerque, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, p.224 ss.

²⁰ Assim, por exemplo, o Ministério Público pode pedir a condenação ou a absolvição por entender verificados os respectivos pressupostos e o assistente defender o contrário por avaliar diversamente a prova ou ter outro entendimento da lei.

²¹ Para além de constituir grave falta deontológica, a sugestão de factos não reais por parte do advogado pode ter consequências graves, mesmo na sua relação com o constituinte. Com efeito, se o arguido vier a ser condenado responsabilizará provavelmente o seu advogado por o ter aconselhado a mentir ou não ter sido suficientemente inventivo. Mais grave, porém, é que a invenção de factos constitui obstrução à justiça, o que, para além de constituir crime (art. 360º do CP) desqualifica o advogado que perde então a qualidade de *elemento essencial à administração da justiça* (art. 208º da CRP) e as imunidades inerentes.

por não dito ou dizendo de modo diverso o que disseram no inquérito ou na instrução. Sucede que o arguido só presta declarações se quiser, como e quando o quiser e não tem o dever de dizer a verdade. Por tudo isso que seja frequente que a melhor defesa resulte da exploração das declarações do ofendido e dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação.

Defender o arguido não é pugnar sempre pela sua absolvição e é contraproducente pugnar pela absolvição quando a prova produzida manifestamente o não consente e perante essa factualidade não o permite a lei. É um equilíbrio difícil porque é natural um pouco de exagero por parte da defesa. O advogado deve, porém, ponderar sempre que ao pedir a absolvição quando tem consciência de que essa posição é temerária perde as mais das vezes a oportunidade para pôr em relevo circunstâncias atenuantes relativas ao facto ou à culpa que podem ser muito relevantes para a medida da pena. A estratégia do tudo ou nada é geralmente muito arriscada e é difícil compatibilizar o pedido de absolvição com o dar relevância às circunstâncias que favorecem o arguido; a estratégia do tudo ou nada tem as mais das vezes como resultado o nada.

9. Postura do arguido e direito ao silêncio

I. A postura do arguido durante a audiência, desde o modo como se apresenta à forma como reage à produção da prova pessoal e responde às perguntas que lhe são feitas, contribui também para a formação da convicção do tribunal e para a sua maior ou menor benevolência na determinação da medida da pena. O arguido arrogante, que se mostra insensível a factos que geralmente emocionam o comum dos cidadãos, que nega e não mostra arrependimento relativamente aos factos que a prova entretanto recolhida no processo evidencia ou que mente manifestamente, contribui para agravar a sua situação pela má impressão que causa no espírito do julgador. O advogado de defesa necessita de conhecer bem o seu constituinte e a sua efectiva participação nos factos – o que também nem sempre acontece porque o arguido, voluntariamente ou por insensibilidade, omite ao próprio advogado elementos essenciais do caso – para o aconselhar na atitude a tomar na audiência e especialmente no que respeita à prestação de declarações e para tanto necessita também de conhecer a personalidade e carácter de todos os demais intervenientes no processo para ajustar o comportamento do arguido e o jeito das suas próprias intervenções.

II. O arguido tem o direito ao silêncio e diz a lei que o seu silêncio não o pode prejudicar; o direito ao silêncio é um princípio fundamental do processo penal.²² O advo-

²² O silêncio do arguido não pode ser interpretado como presunção de culpa; ele presume-se inocente (art. 32º, nº 2, da CRP). Podem ser várias as razões que levem o arguido a preferir silenciar e todas dignas de respeito, donde que não possa ser prejudicado pelo exercício do seu

gado deve, porém, ter em atenção que a lei não comanda a psique, as emoções de cada um, a formação da íntima convicção do juiz, e é normal que não ouvindo a explicação do arguido o tribunal mais facilmente aceite a alegação da acusação: «quem cala consente», diz o povo. Ensina a experiência comum que o inocente raramente se cala, procura por todos os meios, exagerando até, provar a sua inocência e por isso que aos verdadeiros inocentes, a tática comum da defesa aconselha que o arguido fale, que fale muito! A ocasião em que o arguido deve falar depende de muitos factores e só caso a caso decidida em função da natureza do processo, das características psicológicas do arguido, da estratégia e tática adoptadas. Algumas vezes é preferível calar – e quase sempre se o arguido estiver psicologicamente perturbado ou não tiver o domínio da própria fala em ambientes solenes –, mas o silêncio deve então ser justificado e explorado pelo advogado nas suas alegações finais: ou é fruto da absoluta ignorância quanto aos factos – o que será raro, mas acontece – da sua perturbação psicológica, do seu arrependimento ou por outro motivo, nomeadamente de ordem moral, que possa ser positivamente valorado pelo tribunal!

10. Actividade da defesa e relação de confiança

I. A estratégia da defesa é também geralmente diversa da exigida por outros ramos do direito. Nestes processos são, em regra, muito menos relevantes as questões de facto e a prova é com muito mais frequência constituída por documentos e por isso as questões de direito assumem uma importância dominante. As partes nos processos não criminais conhecem antes do julgamento a estratégia do adversário e em grande parte a prova que suporta as suas alegações. Os factos relevantes a serem objecto de prova na audiência estão previamente definidos e por isso que se saiba antecipadamente o ónus de prova que recai sobre cada parte porque os factos não impugnados são desde logo dados como assentes. Não é assim no processo penal; agora conhecem-se os factos narrados na acusação, mas a defesa pode ser totalmente omissa quanto aos factos porque a não contestação não implica aceitação da acusação. No processo crime as questões dominantes não são as jurídico-penais, mas as de facto, e raramente as mais relevantes correspondem ao modo como são descritas na acusação.

No passado, quando a contestação era obrigatória, era frequente que o advogado se limitasse a “oferecer o merecimento dos autos”, fórmula que significava tão-só que o

direito ao silêncio. O arguido pode não querer falar simplesmente por receio de não ser capaz de expor com clareza o que quer dizer ou de ser induzido em erro perante as perguntas frequentemente agressivas dos representantes da acusação. A própria solenidade dos actos processuais é intimidatória para muitos, sobretudo para aqueles que se vêm envolvidos num processo pela primeira vez.

acusado reservava a sua defesa para a audiência. O Código vigente não obriga à contestação e muitas vezes é aconselhável não a apresentar para evitar que o arguido se comprometa com uma tese e possa depois em audiência de julgamento explorar com mais liberdade as lacunas, ambiguidades e contradições da prova da acusação, e surpreender a acusação e o tribunal com a prova pessoal por si arrolada, criando pelo menos a dúvida no julgador. Quando contesta, e salvo sempre casos excepcionais,²³ nomeadamente quando a tese da defesa é firme, assente em prova documental ou com grande probabilidade de comprovação em audiência, a contestação dos factos deve limitar-se a explorar as omissões e ambiguidades da acusação, sugerindo eventualmente outra perspectiva do caso, mas sem se vincular rigidamente.

A imperfeição da acusação alimenta a defesa porque não existe acusação que bem examinada não deixe aparecer uma ou várias inverdades ou omissões quanto aos factos ou ao direito. A partir de uma verdade real, mas parcelar, o advogado procura sugerir uma outra verdade mais conforme aos interesses que patrocina.

O inquérito e a instrução criam quase sempre, por simplificação, uma imagem diversa da realidade. Não obstante a objectividade que é exigida do acusador público, é frequente que o Ministério Público omita elementos ou circunstâncias do facto que são favoráveis ao acusado. Trata-se, em regra, de actos falhados, porque raramente os magistrados estão de má fé, mas naturalmente desejosos de ver triunfar o que consideram ser a verdade acabam inconscientemente por se distanciar dela.

Em audiência, o advogado deve saber esperar pela sua vez de intervir, em regra em último lugar porque a defesa é sempre a última a falar, sem prejuízo de intervenções imediatas para obstar à prática de actos ilegais na produção da prova e sejam prejudiciais à defesa. O advogado tem de saber esperar o momento apropriado para intervir, aquele que segundo as circunstâncias for mais adequado para surpreender ou captar a atenção do tribunal.

In dubio pro reo é um princípio fundamental da prova, mas a dúvida tem de ser criada em audiência, na produção e discussão da prova e por isso que muitas vezes a actividade da defesa consiste essencialmente em desacreditar a prova da acusação. Mas atenção que a dúvida, quando os factos da acusação são reais, graves ou causam alarme na opinião pública, e o que está em causa é a imputação subjectiva, implica

²³ É geralmente o caso da denominada criminalidade económico-financeira em que com muita frequência não são os factos objectivos descritos na acusação que são controvertidos, mas a sua inserção no contexto da actividade ou a sua significação e relevância jurídico-penal. Nestes processos, em razão da frequente complexidade técnica do objecto do processo, torna-se muitas vezes necessária uma contestação que procure enquadrar o tribunal na perspectiva da tese da defesa.

que se apontem alternativas, embora sem imputação definida, porque os tribunais são avessos em deixar impunes crimes graves e cuja existência está provada, sobretudo quando a opinião mediatizada reclama a punição exemplar, o que, aliás, constitui a principal causa dos erros judiciários. Acresce que a dúvida é do foro psicológico e por isso nunca se comprova, sugere-se!

II. A actividade processual²⁴ do advogado de defesa em processo penal é sobretudo importante na fase de julgamento, especialmente em Portugal em que o advogado raramente tem acesso ao processo, contrariando, aliás, o espírito da lei. Não obstante a lei proclamar que o processo é público, admite numerosas excepções e a praxe judiciária continua muito arreigada à tradição inquisitória do segredo de justiça. Por isso que nesta fase a intervenção do advogado vise sobretudo o estatuto processual do arguido e essencialmente a sua liberdade. Este é um dos momentos mais críticos porque as mais das vezes o advogado não conhece o essencial do caso, não só porque não tem acesso aos autos mas também porque o seu cliente não lhe conta a história toda e é frequentemente surpreendido com a revelação de factos e provas no próprio interrogatório.²⁵

No interrogatório do detido para efeitos de aplicação de medidas de coacção o advogado, desconhecendo a plenitude dos factos principais e probatórios, é confrontado com um dilema: deve o arguido prestar declarações ou remeter-se ao silêncio? Se o arguido se remete ao silêncio, o que é natural é que a decisão do juiz assente exclusivamente nos factos indiciados nos autos: essa é naturalmente, no momento, a “verdade”, ainda que provisória. Se, pelo contrário, o arguido responde às perguntas e confessa ou constrói uma tese de defesa que não corresponde à verdade real pode comprometer decisivamente o desenvolvimento do processo até porque essas suas declarações constituem prova para o julgamento.

Quando o arguido está preso preventivamente, a principal tarefa do advogado penalista é ir assiduamente visitá-lo à prisão, para o que é constantemente solicitado pelo preso e seus familiares, visitas que têm mais por fim manter o moral do preso do que para falar do processo pois que de uma visita a outra raramente sucede algo de rele-

²⁴ É muito de propósito que nos referimos à actividade processual porque é evidente que quanto mais cedo o advogado assumir o patrocínio mais liberdade terá de traçar a estratégia adequada, aconselhando o seu constituinte quanto à sua atitude nos actos em que tenha de intervir. A substituição de advogado no decurso do processo implica com frequência alteração da estratégia e isso pode criar dificuldades acrescidas para a defesa.

²⁵ Certa vez, ao usar da palavra na sequência do interrogatório judicial para efeito de aplicação de medida de coacção, o A., traçou o retrato do seu constituinte como sendo um homem pobre que vivia da miséria da sua pensão de reforma e por isso tinha participado nos factos por necessidade para sustentar a família, tendo sido interrompido pelo juiz para lhe mostrar os extractos de várias e avultadas contas bancárias de que o arguido era titular! O arguido tinha-se apresentado como sendo muito pobre apenas com o fito de sensibilizar o advogado para os honorários.

vo. É uma das tarefas mais ingratas, tanto mais que só muito raramente o cliente aceita resignado o seu estatuto e espera novidades que o advogado não tem para lhe dar. Os advogados que se dedicam a outros ramos do direito criticam esta função de assistente social do advogado penalista, mas que é tarefa essencial: na prisão o moral é tudo.

Também a intervenção do advogado na instrução é, em geral, muito limitada. Se os autos reúnem fortes indícios da responsabilidade do arguido, a instrução em nada lhe aproveita. Mais grave: todos os elementos que o arguido invoque a seu favor voltam-se contra ele porque a justiça, convencida da sua culpabilidade, não aceita abandonar a acusação e tudo fará para a consolidar. Nos processos graves ou complexos, o arguido deve guardar para a audiência de julgamento os melhores argumentos de facto e de direito.

III. Como referimos já, a relação de confiança profissional entre o advogado e o seu constituinte é muito importante e mais ainda na relação entre o defensor e o arguido, mas não é fácil, sobretudo quando se trata de defensores não escolhidos pelo arguido²⁶ Falamos em relação de confiança e não em relação de amizade que é doutro domínio e quando existe pode mesmo ser emocionalmente perturbadora da função do advogado na barra. Por isso que do mesmo modo que sói dizer-se que só o burro se defende a si mesmo, também o advogado familiar ou amigo é raramente aconselhável.

10. Motivações dos advogados defensores no crime

I. Os advogados penalistas são frequentemente interpelados sobre como podem defender o cliente quando sabem que ele é culpado²⁷, sobretudo quando se trata de crimes graves, tanto mais que outros ramos do direito são geralmente menos absorventes emocionalmente e mais rentáveis profissionalmente, e são por isso muitas vezes acusados de serem mercenários ao serviço dos criminosos. A resposta comum

²⁶ Certa vez, ao usar da palavra na sequência do interrogatório judicial para efeito de aplicação de medida de coacção, o A., traçou o retrato do seu constituinte como sendo um homem pobre que vivia da miséria da sua pensão de reforma e por isso tinha participado nos factos por necessidade para sustentar a família, tendo sido interrompido pelo juiz para lhe mostrar os extractos de várias e avultadas contas bancárias de que o arguido era titular! O arguido tinha-se apresentado como sendo muito pobre apenas com o fito de sensibilizar o advogado para os honorários. É também atitude frequente!

²⁷ Uma avó perguntava ao neto, advogado penalista em início de carreira: «Porque te dedicas a essa gente? Não podes antes lidar com pessoas honestas?» Ao que o neto terá respondido simplesmente: «Quais são? Também quase todos os meus clientes, antes de serem condenados, eram pessoas tidas por honestas!».

é que o advogado não julga, não condena, não inocenta e no que respeita aos honorários como qualquer profissional também precisa de ganhar a vida.

As motivações podem ser e são as mais diversas, mas importa ter presente que o direito de defesa é um direito fundamental, universalmente proclamado e constitucionalmente garantido e o seu exercício imposto por lei como necessário à boa realização da justiça e à paz social. Acresce que no processo penal o acusado é sempre a parte mais fraca, o perseguido pelo poderoso aparelho do Estado que, na perspectiva de muitos advogados – de direita ou de esquerda – é a causa maior de muita da criminalidade.²⁸ Mas a motivação maior é a militância pela justiça, o combate pelo aperfeiçoamento da justiça penal. É da essência do ideal democrático que a aplicação da lei aos casos da vida se faça sempre com absoluto respeito das regras e não apenas com a preocupação de eficácia²⁹ e a correcta aplicação das regras significa quase sempre que além dos factos é necessário olhar aos homens e à razão da sua culpa.³⁰

IV. Conclusão

O patrocínio forense é elemento essencial à administração da justiça, competindo-lhe pugnar pela boa aplicação das leis. O advogado penalista não defende os crimes nem os criminosos, combate pelo aperfeiçoamento da administração da justiça, combate pela estrita aplicação das regras jurídicas, pela justa aplicação do Direito, exigindo do tribunal, sem a mínima tolerância para com os incompetentes, qualquer que seja a espécie, que cumpra e faça cumprir rigorosamente a lei. «Uma nulidade que vicia o procedimento ou a insuficiência de provas dos factos da acusação significam que o processo foi mal conduzido pela autoridade com desrespeito das regras que a lei estabelece. Paradoxo: o penalista desconfia do Estado, mas é o garante da estrita

²⁸ Outra característica comum do advogado penalista é a de não ser politicamente correcto; são excepção os que fazem carreira política. Na sua militância pelo aperfeiçoamento da justiça tem de ter a *coragem de ser incómodo*. Cf. Silva, Germano Marques da, «Última Aula ao Curso de Direito de 1997/2002: a Coragem de ser Incómodo», *Direito e Justiça*, Vol. XVI (2002), t.2, p. 239 ss.

²⁹ Silva, Germano Marques da, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª ed., 2012, p. 85: «O endurecimento do direito penal e o cerceamento das garantias pode ser o caminho mais fácil, mas não é nem o mais eficaz nem compatível com a cultura dos direitos humanos. Ao terrorismo criminoso, ao aumento da criminalidade organizada e comum não pode responder-se com o terrorismo de Estado, não pode responder-se com a substituição do Estado de Direito Democrático por um Estado absoluto, porque não há vida digna de ser vivida a não ser onde reina o Direito, que é liberdade».

³⁰ Idem, p. 291: «No juízo de censura que emitimos sobre o outro importa que tomemos consciência da imperfeição de todo o homem e é necessário termos em conta também qual a nossa responsabilidade, directa ou indirecta, pelo homem que ele é. O outro é também responsabilidade de cada um de nós».

aplicação das regras, mesmo das mais draconianas».³¹ É essencialmente este combate pela boa aplicação das leis que justifica a intervenção do advogado no processo ao lado dos acusadores e dos acusados.

Ademais o advogado também sabe e não esquece que a maioria das vítimas de crimes não tem qualquer protecção e que a maioria dos criminosos, e não sempre dos menos perigosos, anda por aí à rédea solta, mascarados de honestos e com demasiada frequência incensados pela sociedade e apontados aos jovens como exemplo; basta escutar e olhar à nossa volta!

SIGLAS:

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal Português

CPC – Código de Processo Civil Português

CPP – Código de Processo Penal Português

CRP – Constituição da República Portuguesa

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados

³¹ Inchauspé, Dominique, *L'innocence judiciaire*, 2001, p. 208.