

CONSELHO REGIONAL DO PORTO | ADVOCACIA

Parecer

Processo

Data do documento

Relator

38/PP/2016-P

3 de junho de 2016

Paulo Pimenta

DESCRITORES

Impedimento > Mandatário de testemunhas

SUMÁRIO

- 1 - Há impedimento a que, em processo penal, o assistente que tem a condição de advogado intervenha por si, sem se fazer representar por advogado.
- 2 - Há impedimento a que, em processo penal, o assistente que tem a condição de advogado acompanhe, como mandatário, uma testemunha aquando da prestação do respectivo depoimento.
- 3 - A inexistência destes impedimentos colocaria em risco os princípios da liberdade, isenção e independência que são iminentes à advocacia e ao patrocínio forense, bem como poria em causa a dignidade da profissão.

TEXTO INTEGRAL

I

A Sra Dra. (...), Magistrada do Ministério Público na Secção Única do DIAP de (...), solicitou a este Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados, nos

termos do disposto no artigo 83º, nº 6, do EOA, a emissão de parecer quanto à legalidade ou impedimento por parte do Advogado Dr. (...) em exercer a representação forense das testemunhas (...) e (...) nos autos de inquérito nº (...), considerando a sua qualidade de assistente no mesmo processo.

Concretamente, é colocada a questão de saber se existe qualquer impedimento ao exercício de mandato forense do mencionado Advogado em representação de testemunhas por si indicadas na qualidade de assistente.

Para o efeito, juntou “Conclusão” da qual consta a informação que as testemunhas supra referidas se fizeram acompanhar pelo mandatário Dr. (...), assistente nos referidos autos, com procuração subscrita a favor do mesmo. As mencionadas testemunhas alegaram não prescindir da presença do mandatário Dr. (...), referindo que se recusaram a testemunhar sem a presença do mesmo, o qual se recusa a efectuar qualquer requerimento nesse sentido.

A esta “Conclusão” seguiu-se o despacho que se transcreve:

“O Dr. (...) assume nestes autos a qualidade de ofendido.

Vem agora o ilustre advogado juntar procuração forense emitida a seu favor pelas testemunhas (...) e (...).

Por nos suscitarem dúvidas quanto à legalidade / compatibilidade do exercício da advocacia - representação forense das testemunhas (...) e (...) e a qualidade de denunciante nos presentes autos, notifique o ilustre mandatário para, em 10 dias, vir aos autos fundamentar a sua pretensão.”

Juntou também a fundamentação apresentada pelo Sr. Dr. (...).

Na sua resposta, o Sr. Dr. (...) defende que nada obsta a que o assistente, sendo advogado, litigue por si próprio. Para fundamentar este seu entendimento invocou diversas normas legais, citando doutrina e jurisprudência.

Termina sustentando que, sendo assistente e podendo litigar por si, encontra-se devidamente fundamentada a sua pretensão de acompanhar os seus constituintes na respectiva inquirição enquanto testemunhas.

II

Este Conselho Regional tem competência para emitir parecer, nos termos do disposto no artigo 54º, nº 1, al. f), do EOA.

III

Tal como vem colocada, a questão é somente a de saber se existe impedimento a que um advogado que é assistente em processo penal e aí intervém por si próprio, isto é, sem constituir mandatário, exerça, nesse mesmo processo, mandato forense, acompanhando, na respectiva inquirição, testemunhas por si indicadas.

Face ao modo como a questão vem apresentada, depreende-se que não é equacionado um outro problema, que é o de saber se o ofendido que seja advogado pode constituir-se assistente em processo penal sem estar patrocinado por outro advogado.

Dito de outra forma, afigura-se que Exma. Magistrada requerente do parecer

não vê obstáculo a que advogado que seja ofendido se constitua assistente em processo penal e aí actue por si próprio, sem constituir outro advogado como mandatário.

Ora, embora tal problema não seja equacionado no pedido de parecer, afigura-se que não podemos tomar posição sobre a questão colocada sem considerar aquele problema.

À data de hoje, tendo em conta a doutrina firmada no acórdão uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça nº 15/2006, proferido em 26/10/2016 (DR - 1ª série, de 6/12/2016), importa partir da seguinte premissa: o ofendido que seja advogado e pretenda constituir-se assistente, em processo penal, tem de estar representado nos autos por outro advogado.

Consequentemente, e dando como seguro que nos autos de inquérito em apreço serão tomadas as medidas tendentes a respeitar o entendimento assumido naquele acórdão uniformizador, antevê-se que o Sr. Dr. (...), enquanto assistente, será notificado para constituir mandatário.

Quer isto dizer que o Sr. Dr. (...), enquanto sujeito processual, passará a actuar naqueles autos de inquérito representado por outro advogado.

Ajustando a este quadro o pedido de parecer, a questão está em saber se o Sr. Dr. (...), que tem o estatuto de sujeito processual (assistente) nesses autos de inquérito, pode patrocinar testemunhas por si arroladas, tendo em conta o disposto no nº 4 do art. 132º do CPP.

Vejamos o que estabelece este preceito: “Sempre que deva prestar depoimento, ainda que no decurso de acto vedado ao público, a testemunha

pode fazer-se acompanhar de advogado, que a informa, quando entender necessário, dos direitos que lhe assistem, sem intervir na inquirição”.

Por se mostrar útil para o raciocínio a desenvolver, atente-se já no que dispõe o nº 5 do art. 132º do CPP: “Não pode acompanhar a testemunha, nos termos do número anterior, o advogado que seja defensor de arguido no processo”.

E atente-se ainda que, face aos termos em que se apresenta o art. 64º do CPP, o arguido tem sempre de ser assistido por defensor, pouco importando, assim, que o arguido tenha a condição de advogado.

Confrontando o que resulta do mencionado acórdão uniformizador e do art. 64º do CPP, fixemos um primeiro quadro:

- o advogado que queira constituir-se assistente tem de constituir mandatário;
- o advogado que seja arguido tem de ser assistido por defensor.

Fixemos um segundo quadro, decorrente do nº 5 do art. 132º do CPP:

- o advogado que seja defensor do arguido não pode acompanhar testemunhas que devam prestar depoimento no mesmo processo.

Notemos que, ao menos em termos expressos, não há disposição legal similar à do nº 5 do art. 132º do CPP reportada ao advogado que patrocine o assistente em processo penal.

Assumamos, desde já e sem prejuízo de ulterior análise, que tal omissão em nada contribui para resolver a questão que motiva o pedido de parecer.

Na verdade, ao contrário do que poderia induzir uma primeira análise, o problema que o pedido de parecer suscita respeita à conformação do estatuto processual de assistente (e, já agora, de arguido) de quem tenha cédula profissional de advogado com o exercício do mandato nesse mesmo processo.

Para melhor percepção, coloquemos as seguintes duas perguntas:

- Poderá o assistente, apenas porque é advogado, patrocinar testemunhas quando estas prestam depoimento, acompanhando-as em tal acto, no mesmo processo?

- E poderá o arguido, apenas porque é advogado, patrocinar testemunhas quando estas prestam depoimento, acompanhando-as em tal acto, no mesmo processo?

Não olvidamos os princípios relativos às garantias do patrocínio, à luz do n.º 2 do art. 67.º (“O mandato forense não pode ser objecto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante”), e do art. 69.º (“Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do art. 66.º, os advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor, não podem ser impedidos, por qualquer autoridade pública ou privada de praticar actos próprios da advocacia”) do EOA.

Percorridos os diplomas legais pertinentes, a começar pelo Código de Processo Penal, não se encontra qualquer preceito que contenha previsão susceptível de responder às perguntas acima enunciadas.

Inexistindo tal normativo, cumpre verificar se o Estatuto da Ordem dos Advogados permitirá resolver a questão, no campo da matéria relativa a

incompatibilidades e impedimentos, regulada nos seus arts. 81º, 82º e 83º.

O art. 81º enuncia os princípios gerais das incompatibilidades, dos quais decorre que a amplitude das incompatibilidades para o exercício da advocacia abrange todo e qualquer cargo, actividade ou função que afecte, ou possa afectar, a isenção, a independência e a dignidade que é exigida ao exercício da advocacia, o que engloba todas as actividades ou funções que, pelo seu carácter executivo ou de poder, retirem ou possam retirar independência e isenção ao advogado, bem como possam colidir com outros caracteres essenciais do exercício da advocacia, como sejam a susceptibilidade de, mercê de cargo, actividade ou função que desempenhe, o advogado fique colocado em situação que privilegie a angariação de clientela (o que lhe está vedado), ou que limite a liberdade e empenho que deve ter na condução dos assuntos que lhe são confiados, ou ainda que coloque em crise a confiança dos clientes e, reflexamente, a confiança dos cidadãos relativamente ao advogado, afectando, afinal, a própria dignidade da profissão.

O art. 82º prevê, a título exemplificativo, um conjunto de diversas funções ou actividades com as quais o exercício da advocacia é considerado incompatível.

O art. 83º regula a matéria dos impedimentos, referindo o seu nº 1 que os mesmos diminuem a amplitude do exercício da advocacia e constituem incompatibilidades relativas do mandato forense e da consulta jurídica, tendo em vista determinada relação com o cliente, com os assuntos em causa ou por inconciliável disponibilidade para a profissão. Ainda no art. 83º, são concretizadas várias situações em que se verifica impedimento por parte de um advogado para o exercício da profissão.

Dos mencionados preceitos do EOA também não resulta, ao menos expressis

verbis, qualquer indicação que permita responder às duas perguntas acima formuladas.

Em virtude disso, continuando a reflectir por referência àquelas duas perguntas, impõe-se verificar se a situação em análise poderá colocar em causa os princípios e valores que se pretendem salvaguardar com a fixação dos impedimentos que se encontram consagrados no nº 1 do art. 83º do EOA, ou quaisquer outros valores fundamentais da profissão, designadamente os estatuídos nos arts. 88º e 89º do EOA.

Conforme alerta Fernando Sousa Magalhães, “Os impedimentos resultam de circunstâncias concretas que devem levar os advogados a recusar mandato ou prestação de serviços em função de conflito de interesses ou de simples decoro, já que o exercício da profissão deve ser livre, independente e adequado à dignidade da função” (Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado e Comentado, p. 121, 10ª edição, Almedina 2016).

Ora, deve entender-se que o estatuto processual de arguido e de assistente, se respeitar a quem tenha a condição de advogado, é impeditivo do exercício de quaisquer funções de patrocínio no processo respectivo.

Como bem se compreende, quem for arguido ou assistente num certo processo crime tem uma natural e legítima expectativa quanto ao desfecho desse processo.

Por sua vez, o exercício do mandato forense supõe que o advogado esteja em condições de actuar com liberdade, isenção e independência. Aliás, é habitual dizer-se que o advogado se caracteriza pela serenidade desinteressada com que intervém, na medida em que não tem um interesse próprio e directo no

desfecho do processo.

Acresce que a dignidade da função não é compatível com qualquer risco de desconformidade ou desajustamento entre os legítimos interesses do patrocinado e os eventuais interesses do advogado que exerce o patrocínio. Diz-se eventuais porque, num plano de normalidade, o advogado não terá qualquer interesse no desfecho da lide. Mas a situação será bem outra quando, afinal, ao advogado já não seja indiferente esse desfecho, como sucede, obviamente, quando o advogado que acompanha a testemunha é, ele próprio, assistente ou arguido no processo.

Julgando-se que está suficientemente demonstrado o critério subjacente à posição que vem sendo exposta, talvez possa aduzir-se algo mais.

Por exemplo, caso fosse possível a quem é advogado, e que tem igualmente o estatuto processual de assistente ou arguido, acompanhar testemunhas numa inquirição, haveria o risco de perverter o sentido da figura do segredo de justiça que vigorasse no processo na fase do inquérito: bastaria assegurar que uma testemunha convocada para prestar depoimento fosse acompanhada pelo próprio assistente ou arguido, a coberto da condição deste como advogado.

Tal cenário, que não é difícil de materializar, seria atentatório da dignidade da profissão, pois equivaleria a uma instrumentalização do mandato forense com vista a alcançar um objectivo impedido por lei.

A terminar, uma nota acerca da circunstância de o nº 5 do art. 132º do CPP aludir ao defensor do arguido e nada referir acerca do advogado que patrocina o assistente, para assinalar que, como se antecipou, a falta de previsão expressa (da qual sempre se dirá que é duvidosa a hipótese autorizar uma

interpretação a contrario sensu) não é relevante para a matéria objecto deste parecer.

É que, no caso vertente, a questão está, não em saber se o mandatário do assistente pode acompanhar testemunhas, outrossim se o assistente, ele próprio, que tem a condição de advogado, pode acompanhar testemunhas a coberto dessa condição, isto é, como mandatário.

Também se acrescentará que ficou fora da reflexão desenvolvida aqui a questão de saber se, em geral, um advogado pode patrocinar-se a si próprio. Não se ignorando os termos aparentemente pacíficos com que tal questão é resolvida pela afirmativa, cabe dizer, por um lado, que nenhum preceito legal confirma essa possibilidade e, por outro, que, mesmo aceitando essa possibilidade, nenhum reflexo teria aqui, pois o caso é o de um assistente que, sendo advogado, quer patrocinar testemunhas no mesmo processo, num quadro que nunca seria de litigar em causa própria, pois aí o beneficiário do mandato seria a testemunha, e não o advogado.

CONCLUSÕES

1 - Há impedimento a que, em processo penal, o assistente que tem a condição de advogado intervenha por si, sem se fazer representar por advogado.

2 - Há impedimento a que, em processo penal, o assistente que tem a condição de advogado acompanhe, como mandatário, uma testemunha aquando da prestação do respectivo depoimento.

3 - A inexistência destes impedimentos colocaria em risco os princípios da liberdade, isenção e independência que são iminentes à advocacia e ao

patrocínio forense, bem como poria em causa a dignidade da profissão.

Fonte: Direito em Dia