

O ADVOGADO E A SUA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS TRIBUNAIS

Pelo Dr. Alfredo Gaspar

I — INTRODUÇÃO

A — *A liberdade de expressão*

1. O Homem tanto pode ser definido pelos seus caracteres espirituais e metafísicos (v.g. é um animal racional, moral, livre), como pelo atributo psicofisiológico a que a linguística e a estilística — e, com elas, a filosofia da linguagem — vêm prestando crescente atenção: o Homem é um *ser falante*.

Essa dimensão — a do «*homo loquens*» — não a têm os restantes animais, que comunicam entre si por processos que a ciência tem vindo pacientemente a apurar (desde a dança das abelhas e os sinais dos delfins até ao grito do corvo e o canto do pintaroxo, passando pelas transmissões olfactivas e tácteis entre as formigas), mas que não são capazes de emitir os sons articulados (fonemas) sobre os quais se estrutura a *linguagem humana*.

Esta última tem um duplo significado: é através dela, em primeiro lugar, que se *exprimem* as ideias e os sentimentos — o *pensamento*, numa palavra; serve depois, e em consequência, como instrumento privilegiado de *comunicação* entre os homens.

Por isso se diz que «este aspectivo criativo de utilização da língua é uma das propriedades mais elementares da linguagem

humana e uma propriedade característica da espécie humana» (CHOMSKY) (1).

Já outros processos de comunicação — como o gesto, ou a imagem — não têm o *rigor da significação* da linguagem.

2. É conhecido o esquema da comunicação, em qualquer das modalidades (*a fala e a escrita*) da linguagem: o emissor (aquele que fala ou escreve) transmite uma mensagem ao receptor, servindo-se ambos de um mesmo código — conjunto de regras que permite combinar os signos ou sinais, isto é, as expressões linguísticas das ideias —, do que resulta, a final, um *entendimento significativo*.

Temos, assim, que a língua se traduz num sistema que associa signos a significados; e em termos tais que o «modo de existência do pensamento é, em suma, a linguagem» (DIAZ) (2).

Portanto, e como o pensamento e a manifestação dele participam ambos, pelo seu estatuto, da mesma natureza ontológica — pois são inerentes à existência humana —, *a liberdade de expressão do pensamento vem a ser um dos direitos fundamentais do homem*, o que tem sido reconhecido pacificamente (3).

B — O direito de expressão e o dever de expressão

3. Importa assinalar agora, a respeito da liberdade de expressão, duas notas.

A primeira delas é a de que, com essa liberdade, podem concorrer outros direitos fundamentais — como o direito ao bom nome e reputação (4). E logo se alcança como, na prática das coisas, são inevitáveis as situações de conflito ou de colisão entre

(1) Noam Chomsky, «Linguagem», *apud* Enciclopédia Einaudi, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, pág. 14.

(2) José Luís Pinellos Diaz, «Comunicación, lenguaje y pensamiento», *apud* «Doce Ensayos sobre el lenguaje», Fundación Juan March, Madrid, 1974, pág. 143.

(3) Cfr. art. 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e n.º 1 do art. 35.º da Constituição da República Portuguesa.

(4) Cfr. art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e arts. 25.º n.º 1 e 26.º n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa.

tais direitos — a liberdade de expressão, por um lado, o direito à integridade moral, por outro —, o que, e no plano do litígio, obriga a uma ponderação que é um desafio à sensibilidade judicativa, ou à «competência interpretativa do juiz» (VIEIRA DE ANDRADE) (2).

4. A outra nota é esta: para muitas pessoas, a liberdade de expressão não corresponde apenas ao *exercício de um direito*, porque representa ainda (ou sobretudo) o *cumprimento de um dever*; e, por vezes, em condições tais que quase descaracterizam a oposição de que se falou atrás. Algumas pessoas, na verdade, ao serviço de uma função social, ou interesse público, e por imperativo deontológico elementar, têm o *dever de falar*; e até, em certas circunstâncias, o dever de não poupar os direitos de personalidade (bom nome e reputação) de outrem.

Os Advogados são justamente dessas pessoas.

5. *A liberdade de expressão do Advogado*, enquanto tal — isto é, no exercício das suas funções, e, «maxime», nos tribunais (onde a questão é mais delicada) — tem, assim, ou deve ter, um *estatuto jurídico específico*, na parte em que pode sacrificar o bom nome e a reputação de terceiros.

Isso faz-se sentir, designadamente — como adiante se verá melhor —, do ponto de vista criminal.

A exacta compreensão desse regime jurídico, todavia, depende do exame prévio da natureza e das características do discurso (a exposição seguida e ordenada ou metódica das ideias, por escrito ou de viva voz) do Advogado, tal como ele é praticado de ordinário nos tribunais.

C — A ética da linguagem do Advogado

6. Ressalve-se, antes de mais, que não se trata de proceder a uma análise estética, nem a uma análise estilística.

(2) José Carlos Vieira de Andrade, «Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», Almedina, Coimbra, 1983, pág. 224.

As apreciações filosóficas têm, nesses pontos, divergido bastante, enaltecendo uns o valor artístico de algumas peças forenses dos Advogados (RADBRUCH) ⁽⁶⁾, censurando outros «a procura de um não-estilo» (BARTHES) ⁽⁷⁾, e falando-se até no discurso como o «grau zero da fala» (LEFÉBVRE) ⁽⁸⁾.

Do que se trata aqui, contudo, e propriamente, é de tentar um exame do discurso do Advogado, à luz dos ensinamentos da sociolinguística e da psicologia judiciária, por forma a enquadrá-lo no plano jurídico das relações entre o direito de expressão e o direito ao bom nome e reputação.

É esse o objectivo, sem embargo de se saber que «a sociolinguística actual não tem uma teoria suficientemente forte para compreender a possibilidade de analisar... todos os fenómenos de divergência muitas vezes existentes entre *objectivos codificados* na fonte e *efeitos descodificados* à chegada da mensagem (ROSIELLO) ⁽⁹⁾.

7. É preciso não esquecer também que «falar uma língua é adoptar uma forma de comportamento regida por regras» (SEARLE) ⁽¹⁰⁾.

Com os Advogados, não é, evidentemente, diferente; só que os aspectos sociolinguísticos da comunicação jurídica têm contornos peculiares, que merecem um tratamento autónomo (LOURIOUX-LERAT ⁽¹¹⁾, ARGENOR FERNANDES) ⁽¹²⁾.

⁽⁶⁾ Gustav Radbruch, «Filosofia do Direito», 6.ª edição, pág. 225.

⁽⁷⁾ Roland Barthes, «Le Degré Zero de l'Écriture», Éditions du Seuil 1958, Paris, pág. 72.

⁽⁸⁾ Henri Lefévre, «La Langage et la société», Éditions Gallimard, Paris, pág. 330.

⁽⁹⁾ Luigi Rosiello, «Lingue», *apud* Enciclopédia Einaudi, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, págs. 128-129.

⁽¹⁰⁾ John R. Searle, «Os actos da fala», Livraria Almedina — Coimbra, 1984, pág. 26.

⁽¹¹⁾ Sobre os aspectos sociolinguísticos da comunicação jurídica, cfr. J.L. — Lourioux — P. Lerat «La Langage du droit», Presses Universitaires de France, 1975, págs. 63 a 69.

⁽¹²⁾ Quanto à representação polissémica das ideias na língua portuguesa, e, em particular, na linguagem jurídica, cfr. Agenor Fernandes Gadelha, «Expressão Linguística do Direito», Rio de Janeiro, 1984, pág. 31.

Começando, porém, pelos aspectos comuns, também aqui — na linguagem dos Advogados —, há que distinguir: *a*) a sua dimensão *sintáctica*, que assenta na construção de frases gramaticalmente correctas; *b*) a sua dimensão *semântica*, que faz apelo ao significado do que se diz, ou do que se escreve; *c*) a sua dimensão *pragmática*, que respeita ao uso ou função daquilo que se quer comunicar.

Ora, na discriminação supra já há um primeiro afloramento da projecção ética da linguagem: enquanto a semântica linguística abre a possibilidade da *verdade* e do *erro* (sentido lógico), a pragmática linguística faz distinguir entre a *veracidade* e a *falsidade* ou *mentira* (sentido moral).

Com o discurso do Advogado, todavia, a *ética da linguagem* ganha uma expressão muito mais forte.

8. É sabido, com efeito, que «a linguagem não é puro discurso intelectual.

A sua dimensão emotiva é-lhe intrínseca. Ou, dito de outro modo, a linguagem não é apenas dialéctica, mas também retórica» (ARANGUREN) (13).

No caso específico dos Advogados, «existe para o orador a obrigação de persuadir o Juiz, a qual é mais forte que a obrigação de observar a pureza linguística e idiomática: a obrigação retórica sobreleva à obrigação gramatical» (LAUSBERG) (14).

Quer dizer: dominado pela chamada «*estratégia de vitória*» (*gewinstrategie*), o Advogado deve, com o seu discurso, persuadir o Juiz, convencê-lo das razões que assistem ao constituinte e que invoca em juízo; por isso, a retórica (a arte ou a técnica de persuadir) pertence basicamente à teoria da argumentação jurídica e das suas formas discursivas.

Simplemente, o discurso que vá desacompanhado da intenção de provar é nada — ou não é discurso, no rigor dos princípios, pelas exigências mesmas da argumentação.

(13) José Luís Lopez Aranguren «Ética del Lenguaje», «Boletín Información de la Fundación», 1978, n.º 16, págs. 212-217.

(14) Heinrich Lausberg, «Elementos de Retórica Literária», Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª edição, pág. 115.

No plano judiciário, pelo menos, argumentar e provar são expressões de uma única realidade processual: o objectivo de fazer uma qualquer demonstração.

Por isso já se escreveu que «não há discussão sem *onus probandi*: se há um dever de dizer, há também um dever de provar o que se diz» (TÉRCIO SAMPAIO) (15).

Tal é a dimensão ética da linguagem do Advogado: *este só deve dizer aquilo que pode provar*.

9. Objectivamente, e como orador, o Advogado é apenas «aquele que é dotado de engenho (*ingenium*) no sentido de produtividade ou fantasia, uma capacidade natural, que deve ser orientada pelo discernimento (*judicium*) e pela prudência (*consilium*) qualidade referida ao ouvinte e cujo conteúdo básico é a *utilitas*, manifestando-se fundamentalmente no planeamento, poder-se-ia também dizer, na estratégia do discurso» (TÉRCIO SAMPAIO) (16).

Moralmente, todavia, «a prova no discurso judicial envolve, da parte de quem a sustenta, qualidades éticas capazes de inspirar confiança» (TÉRCIO SAMPAIO) (17).

Assim se reverte, no fundo, à imagem que CATÃO e QUINTILIANO davam do orador: «vir bonus dicendi peritus» (18).

Temos, pois, e em resumo, que a linguagem do Advogado deve sempre inspirar-se eticamente.

D — A sociolinguística do discurso do Advogado

10. Eis, a traços muito largos, e nas linhas que antecedem, o quadro moral em que deve mover-se a linguagem dos Advogados, no plano da sua expressão processual.

(15) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, «Direito, Retórica e Comunicação»: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico», São Paulo, Saraiva, 1973, pág. 8.

(16) Ob. cit., pág. 9.

(17) Ob. cit., pág. 94.

(18) «Um homem bom, perito na arte de dizer».

Circunstâncias há, contudo, ainda sob o ângulo psicossociológico do discurso judiciário, que atraçoam aquela pureza de princípios; e elas devem ser juridicamente valorizadas, sobretudo quando o direito ao bom nome e reputação se mostra ofendido pela liberdade de expressão do Advogado.

11. Há factores, com efeito, e da mais variada ordem, que servem de explicação para aquilo que, à primeira vista, mereceria ser censurado como excesso de linguagem de Advogado — reprovável juridicamente (disciplinar e penalmente) ou não.

Em primeiro lugar, e desde logo, a *inconfundível ligação psicológica* que se estabelece entre o Advogado e o seu Constituinte.

É certo que alguns autores têm posto em relevo que «a relação do advogado com o cliente é transitória, efémera, e, muitas vezes, epidérmica» — BLUMBERG (19), WEYRAUCH (20) —, mas essa realidade (a da advocacia norte-americana e alemã) não é, ou ainda não é, a da Advocacia portuguesa. E a evolução desta para formas mais avançadas de prestação de serviços (sociedades civis de advogados), nem assim faz perder de vista a imagem mais comum do Advogado: «deve ter-se presente a paixão ardente que arrasta o advogado: ele tem nas suas mãos a liberdade, algumas vezes a vida de um homem e é impelido por dores, por paixões, por tormentos, que provocam nele um sentimento de profunda piedade, porque os compreendeu. O seu espírito está obcecado pela grave responsabilidade, pela preocupação da tese a adoptar, pelo discurso a fazer. Mesmo que não queira, está obcecado pela ideia da causa, que o preocupa nos momentos mais diversos da vida» (ALTAVILLA) (21).

(19) A. Blumberg, «Lawyers with convictions», 1973, cit. em Jorge Figueredo Dias — Manuel da Costa Andrade, «Criminologia — o processo do delinquente e a sociedade criminógena», Coimbra Editora, Limitada, 1184 pág. 525, e nota 49.

(20) Walter V. Weyrauch «Zum Gesselche Ftisbild des Juristen», 1970, cit. em Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ob. cit., pág. 92, nota 59.

(21) Enrico Altavilla, «Psicologia Judiciária, II — Personagens do Processo Penal», tradução de Fernando de Miranda, 3.ª edição, Arménio Amado, — Editor, Sucessor, Coimbra, 1982, pág. 428.

12. Esse desgaste psicológico agrava-se, notoriamente, com a *intervenção do Advogado na audiência de julgamento* — porventura o acto processual mais propício a deslizos de linguagem.

De facto, «o que, para um advogado, seja a assistência a um julgamento não é fácil de compreender: é uma hora espasmódica, em que o cérebro se mantém tenso, num esforço de intuição, divinação» e «o advogado encontra-se num estado de transe, que faz com que, por vezes, pareça verdadeiramente transfundida nele a personalidade daquele a quem defende» ALTAVILLA) (22).

Isto não é tudo, como se compreende: mas já é o bastante, para que se perceba em que condições é que o Advogado — por mais consciencioso que seja — se desmanda muitas vezes na sua linguagem.

13. Não são apenas os juristas a evidenciar tais dificuldades.

Os Advogados sabem que «cada um conhecerá a forma de eloquência mais apropriada ao seu temperamento» (GARÇON)(23), e que «grandioso ou mediocre, este estilo (a eloquência judiciária), em todo o caso, deve tudo à inspiração» (LINDON) (24), sendo ainda os primeiros a reconhecer que «a eloquência é a expressão do sentimento sob a disciplina da razão» (TOULEMON)(25) e que, na oratória forense, «a rectidão do advogado é a suprema habilidade (COHENDY) (26).

Mas os linguistas explicitam melhor os comportamentos desviantes, começando por assinalar que «a argumentação exerce-se num universo onde reinam a ambiguidade, o equívoco, a incerteza, o desacordo» (OLÉRON) (27) e deixando ficar bem vincada

(22) Ob. cit. págs. 435 e 449, respectivamente.

(23) Maurice Garçon, «Essai sur l'éloquence judiciaire», Paris, 1945, pág. 29.

(24) Raymond Lindon, «Le styl et l'éloquence judiciaire», Éditions Albin Michel, Paris, 1968, pág. 94.

(25) André Toulemon, «La Parole Moderne», Librairie Rousseau, 1959, pág. 195.

(26) Georges Cohendy, «La Technique de la profession d'avocat — L'art de la plaidoirie» 3.ª edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1941, pág. 61.

(27) Pierre Oléron «L'Argumentation», Presses Universitaires de France, 1983, pág. 17.

esta verdade psicológica: «Por vezes, o autor concebe perfeitamente o que pretende dizer, e as palavras brotam sem esforço da sua boca ou pena.

Mas pode acontecer-lhe colocar ao serviço das suas intenções meios inadequados» (FAGGIANELLI) (28).

14. Os Advogados experimentam esse drama muitas vezes — e quer no discurso falado, quer no discurso escrito. Na alegação oral, porque «a presença física de um público e do orador suscitam, de parte a parte, diversos fenómenos fisiológicos e sociológicos, que afectam toda a criação verbal e toda a relação humana» (FAGGIANELLI) (29); na peça escrita, porque «a solidão favorece igualmente a projecção subjectiva» (FAGGIANELLI) (30).

Ou seja: com público ou sem público, a linguagem judiciária do Advogado pode afastar-se do discurso normativo, sob o impulso, sempre, de circunstâncias processuais, e ainda como reflexo do seu génio, ou da sua índole.

Foi sempre assim, e é difícil que venha a ser diferente.

15. O que deve, pois, sintetizar-se neste momento — enquanto ao comportamento sociolinguístico do discurso (escrito ou falado) do Advogado em processo judicial — é o seguinte:

Trata-se, antes de mais, de uma linguagem que, já de si, transporta toda a carga emotiva das pretensões ou aspirações da parte, que o Advogado representa.

Em segundo lugar, e a sobrecarregar essa componente emocional, o Advogado-escritor e o Advogado-orador — mais este que aquele — expressam-se em termos de litígio processual, isto é, estimulados pela controvérsia que acompanha a composição do litígio; e, em qualquer caso, ambos devem lançar mão de figuras retóricas que se apoiam, em larga medida, no rigor expressivo da própria linguagem.

(28) Pierette Jeoffroy — Faggianelli, «Methodologie de L'Expression», Presses Universitaires de France, 1981, pág. 68.

(29) Ob. cit., pág. 81.

(30) Ob. cit., pág. 85.

Acresce, em quarto lugar, que a argumentação jurídica — em sentido amplo (isto é, quer em questões de facto, quer em questões de direito) — é, ela mesma, um discurso que tem como objecto, não um «certum» mas um «dubium», ou seja, é uma argumentação na qual se colocam ao Advogado «problemas, dilemas e aporias» (TÉRCIO SAMPAIO) ⁽³¹⁾; é, portanto, uma linguagem que está longe de ser unívoca, ou que, pelo menos, não elimina as incertezas de interpretação (quanto ao preciso sentido e o exacto alcance dela).

Finalmente, e em quinto lugar — talvez resulte do conjunto ou do somatório das razões anteriores —, *o Advogado é, normalmente, um orador temperamental*: tem brio e tem garra, por mais desapaixonado que seja. É a esta luz, precisamente, que deve ser apreciado o regime jurídico da liberdade de expressão do Advogado nos Tribunais.

II — O DIREITO

E — O regime legal, em geral

E-1 — Os antecedentes

16. A liberdade de expressão do Advogado pode ser apreciada, juridicamente, tanto de um ponto de vista processual («lato sensu»), como sob o ângulo estritamente disciplinar.

Sem distinção desses planos, as *Ordenações Afonsinas* já preceituavam: «E as partes não porão nos artigos palavras desonestas, nem difamatórias, que não façam a bem de sua justiça» ⁽³²⁾.

Mais tarde, na mesma linha de orientação — e com um sentido ao mesmo tempo pedagógico, ou até paternalista —, o

⁽³¹⁾ Ob. cit., págs. 19 e 20, respectivamente.

⁽³²⁾ Cfr. Livro III, título XX, § 34, 28.

artigo 1141.º da *Novíssima Reforma Judiciária* continha a seguinte regra: «o juiz advertirá os advogados das partes, que não podem falar contra a sua consciência, nem contra o respeito e a obediência devida às leis; e que se devem exprimir com toda a liberdade, mas com decência e moderação. . . .»

A matéria passou a ser regulada, depois:

- a) *quanto ao processo civil*, pelo art. 155.º do respectivo Código, de 1936 (disposição correspondente ao actual art.º 154.º);
- b) *quanto ao processo criminal*, pelo art. 412.º do respectivo Código (disposição correspondente ao art. 326.º do Código actual);
- c) *sob o aspecto criminal, propriamente dito*, pelo art. 419.º do Código Penal de 1886 (revogado pelo actual Código Penal);
- d) *no plano disciplinar*, pelo art. 605.º do Estatuto Judiciário (na primeira versão deste diploma; depois, havia de desaparecer nas versões seguintes).

Pelo seu relevo no plano da interpretação histórica, importa reproduzir aqui, do Código referido em último lugar, o preceito revogado: «As palavras proferidas ou escritas pelos advogados no desempenho do seu ministério não dão lugar a procedimento crime, excepto se envolverem ofensa contra a lei, instituições vigentes ou contra quaisquer pessoas; no caso, porém, de a interpretação difamatória ou injuriosa dever razoavelmente julgar-se necessária para a justa defesa da causa, será legítimo fazê-lo, devendo todavia os advogados procurar pelos meios ao seu alcance averiguar da veracidade do objecto da imputação» (33).

E-2 — *As disposições actualmente aplicáveis*

17. Actualmente, e enquanto se trata de apurar o regime jurídico da liberdade de expressão dos Advogados nos Tribu-

(33) Cfr. § 1.º do art. 605.º do Estatuto Judiciário.

nais, as disposições legais que directamente previnem tal matéria são as seguintes:

- a) em conformidade com o preceituado no *n.º 1 do art. 87.º do Estatuto da Ordem dos Advogados* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março), «o advogado deve, sempre sem prejuízo da sua independência, tratar os juizes com o respeito devido à função que exercem», a isso acrescentando que «no exercício da profissão deve o advogado proceder com urbanidade, nomeadamente para com os outros advogados, magistrados, funcionários de secretaria, peritos, intérpretes, testemunhas e outros intervenientes nos processos» (art. 89.º do mesmo Estatuto);
- b) à luz do disposto no *n.º 1 do art. 154.º do Código de Processo Civil*, os Advogados não devem, «por escrito ou oralmente», afastar-se do «respeito devido às instituições vigentes, às leis ou ao tribunal», sendo certo, porém, que «não se consideram ofensivas as expressões e imputações necessárias à defesa da causa» (n.º 5 do mesmo preceito legal);
- c) finalmente, e por aplicação do art. 326.º do *Código de Processo Penal*, não podem os Advogados afastar-se «do respeito devido ao tribunal, ou manifesta e abusivamente procurarem protelar ou embaraçar o decurso normal dos trabalhos, usarem de expressões injuriosas ou difamatórias, ou desnecessariamente violentas ou agressivas, fazerem ou incitarem a que sejam feitos comentários ou explanações sobre assuntos alheios ao processo e que de modo algum sirvam para esclarecê-lo».

São estes os preceitos legais aplicáveis, que interessa agora interpretar e articular conjugadamente, entre si, para o efeito de se saber em que termos gozam os Advogados de liberdade de expressão nos tribunais.

E-3 — *As componentes deontológicas*

18. Do ponto de vista estritamente deontológico — isto é, sob o ângulo da responsabilidade disciplinar —, nenhuma dúvida se suscitam: a linguagem do Advogado deve ser *urbana* para com todos os intervenientes, e também *respeitosa* para com os Juizes (arts. 87.º n.º 1 e 89.º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados).

19. Como se sustentou noutro lugar (34), e para efeitos disciplinares, a *urbanidade é o atributo moral que exprime apenas a qualidade da correcção*.

Se o Advogado devesse ser portador de uma moral excepcional, então a urbanidade dele traduzir-se-ia na «graciosidade, primor e elegância na linguagem, e certo tom nobre e distinto nas maneiras e nas acções» (35).

Atentas, porém, as exigências éticas actuais (36), o Advogado não é obrigado a extremos de cortesia ou polidez, nem a excessos de delicadeza ou de civilidade.

O que o Advogado deve é ser sempre correcto; e a sua linguagem será urbana se for correcta.

20. O *respeito*, por sua vez, não é sinónimo de reverência (não se confundindo, por exemplo, com o chamado respeito filial ou de veneração, que se reserva para distinguir os virtuosos).

É uma qualidade que se aproxima mais da *deferência*, exprimindo apenas a educação daquele que, com controlo da sua personalidade (das suas ideias, crenças e sentimentos), conforma a sua atitude exterior à mentalidade dos que o rodeiam, com o fim de evitar críticas pessoais.

(34) Cfr. a nossa anotação ao Estatuto da Ordem dos Advogados», *Jornal do Fundão*, 1985, pág. 172.

(35) Cfr. «*Dicionário dos Sinónimos*», de J.I. Roquete e José da Fonseca, Lello & Irmãos, Porto, 1948, pág. 123.

(36) Cfr. a nossa anotação ao Estatuto da O. A., cit., pág. 118.

Neste sentido, a linguagem será respeitosa se guardar uma certa deferência — alguma transigência, ou condescendência — em relação aos seus destinatários.

21. Isto posto, e se o Advogado utilizar uma linguagem grosseira, ou despejada, infringe o dever de correção, o dever de urbanidade; e, ainda que se sirva de expressões (escritas ou faladas) aparentemente irrepreensíveis, elas poderão na mesma ser desrespeitosas, se envolverem, por exemplo, desdém ou desprezo para com o Juiz.

Nestes casos, e em regra, o Advogado é responsável disciplinarmente, porque a linguagem dele não deve vexar o Juiz, enquanto tal — isto é, se não for, ele próprio, a parte contrária —, nem ferir nenhum dos intervenientes processuais, maltratando-os ou diminuindo-os.

Essa regra, porém, tem uma exceção importante: as *exigências da causa*, que podem justificar o emprego de uma linguagem ofensiva ou desrespeitosa.

E-4 — *As exigências da causa (n.º 5 do art. 154.º do C. P. Civil)*

22. Nem podia ser, aliás, de outro modo.

A lei processual também o reconhece, ao preceituar que «não se consideram ofensivas as expressões e imputações necessárias à defesa da causa» (n.º 5 do Código de Processo Civil).

E trata-se de uma regra de validade extensiva a todas as jurisdições — penal, militar, laboral, administrativa, fiscal, etc.

Analisemos melhor, porém, esse preceito.

23. A regra do n.º 5 do art. 154.º do Código de Processo Civil tem, em primeiro lugar, um sentido algum tanto tautológico.

Dizer-se, na verdade, que «não se consideram ofensivas as expressões e imputações necessárias à defesa da causa» é o mesmo que dizer que «a defesa da causa nunca é ilegítima»; e isso é pleonástico, porque se a defesa da causa pudesse ser, ao mesmo tempo, legítima e ilegítima, ofender-se-ia o princípio da identidade, ou

da não-contradição, por via do qual uma coisa não pode, simultaneamente, *ser e não ser*. A redundância ou circunlóquio é, todavia, aceitável, para prevenir eventuais dúvidas de interpretação.

24. Não são ofensivas, assim — nem no plano criminal, nem no plano disciplinar —, as expressões (conceitos ou termos) e as imputações (juízos ou proposições), sobre as quais se fundam as premissas do raciocínio ou argumento judiciário, quando se trata de discurso escrito ou falado de Advogado.

Essa linguagem, contudo, tem de ser justificada; e a justificação dela são as exigências da defesa da causa.

É o que resulta do adjectivo «*necessárias*», que estabelece o elemento de conexão ou o nexo de causalidade entre a defesa e a linguagem utilizada.

Não se trata de «*necessidade*» no sentido filosófico do termo — aquilo que seria absolutamente preciso para determinado fim —, mas na acepção corrente, vulgar, comum, de «*útil, proveitoso, importante*» (37).

25. Suscita-se aqui a questão de saber em que termos devem ser examinadas as exigências da causa, ou seja, em que condições é que uma dada linguagem deve ou não ser considerada necessária à defesa da causa.

Nesta parte, e fazendo apelo a uma distinção frequente em direito administrativo, deve dizer-se que o Advogado, quanto à causa cuja defesa lhe está confiada, goza de verdadeiros poderes discricionários — não estando, assim, limitado por poderes vinculados —, pelo que só ele é o único juiz da oportunidade e da conveniência do exercício de tais poderes; correspondentemente — ainda num «*simile*» emprestado por aquele ramo de direito —, a sua linguagem só se mostrará viciada por *desvio de patrocínio*, quando se alcance que o motivo principalmente determinante das expressões e imputações utilizadas seja estranho ou alheio ao patrocínio de que se trata.

(37) Grande Enciclopédia, 18.º vol., pág. 519.

Desenha-se aqui, portanto, a noção de «*factos estranhos à causa*», que «são aqueles que não podem ser úteis para a decisão da causa» (LUÍS OSÓRIO) ⁽³⁸⁾.

O Juiz da causa, por fim — e terá de ser ele, porque é também o que melhor poderá avaliar a defesa do Advogado —, sindicará a linguagem utilizada, em condições que adiante se analisarão melhor.

E-5 — *Os limites da liberdade de expressão*

26. Sendo a linguagem do Advogado desnecessária à defesa da causa, ele não poderá, em caso algum, afastar-se «do respeito devido às instituições vigentes, às leis e ao tribunal» (n.º 1 do art. 154.º do Código de Processo Civil) — princípio geral que o art. 326.º do Código de Processo Penal desenvolve melhor, proibindo os Advogados de «manifesta e abusivamente procurarem protelar ou embaraçar o decurso normal dos trabalhos, usarem de expressões injuriosas ou difamatórias ou desnecessariamente violentas ou agressivas», fazerem ou incitarem a que sejam feitos comentários ou explanações sobre assuntos alheios ao processo e que de modo algum sirvam para esclarecê-lo» (sob pena de responsabilidade criminal ou disciplinar, ou só desta última, conforme os casos).

Estes preceitos são fáceis de interpretar.

27. Eles são o reflexo, antes de mais, do princípio de que «a defesa ainda que legítima, tem também, como se sabe, os seus limites» (MANSO-PRETO) ⁽³⁹⁾.

Sob esse ponto de vista, ou nessa linha de orientação, importa acentuar que o afastamento do respeito à lei ou ao tribunal

⁽³⁸⁾ Luís Osório, «Notas ao Código Penal Português», vol. III, 1924, pág. 376. Acrescenta, porém, o autor: «mas esta utilidade deve ser avaliada do ponto de vista da pessoa que injuriou ou difamou e no momento em que as expressões foram proferidas» (*ibidem*).

⁽³⁹⁾ José Alfredo Soares Manso-Preto, «Pareceres do Ministério Público» (trabalhos forenses), 1964, pág. 98.

«compreende o caso de as palavras pelo seu *plebeísmo* estarem abaixo da dignidade do tribunal» (DIAS FERREIRA) (40).

Por outro lado, o respeito ao tribunal «inclui não só o *respeito* que se deve ter pelo lugar, mas o respeito que se deve ter por cada uma das pessoas que compõem o tribunal» (LUÍS OSÓRIO) (41).

Finalmente — e no caso concreto do art. 326.º do Código de Processo Penal —, «tanto razão há para aplicação do artigo em audiência de julgamento como fora dele» (BELEZA DOS SANTOS) (42).

Portanto — e em resumo: *em qualquer acto judicial (no tribunal ou fora dele), e na parte em que não seja necessário à defesa da causa, o discurso do Advogado não deve afastar-se do respeito devido às instituições (judiciárias ou não), mais devendo conformar-se à matéria e ao regular andamento da causa.*

É o regime que, basicamente, resulta do preceituado nos arts. 154.º do Código de Processo Civil e 326.º do Código de Processo Penal.

28. Ora — de novo com o esclarecimento de que «tudo o que se estabelece, no campo das sanções, ou policiais, ou disciplinares, ou criminais, só é válido para o caso de as expressões e factos invocados serem desnecessários para a defesa da causa» (ADRIANO MOREIRA) (43) —, e deixando de parte outras questões delicadas e «divergências» (ADOLFO BRAVO) (44), mais relevante se afigura deixar de seguida algumas palavras sobre a responsabilidade criminal emergente do discurso injurioso ou difamatório.

(40) José Dias Ferreira, «Código do Processo Civil Anotado», tomo I, 1887, pág. 175.

(41) Ob. cit., pág. 373.

(42) Beleza dos Santos, «Os Advogados e a polícia dos actos judiciais no processo criminal», Revista de Legislação e Jurisprudência, 64-49; no mesmo sentido, José Mourisca, «Código do Processo Penal Anotado», vol. 3.º, pág. 259.

(43) Adriano Moreira, «Ofensas cometidas por mandatário judicial», in O Direito, ano 86.º, 1954, pág. 169.

(44) Para o levantamento de tais divergências, cfr. Adolfo Bravo, «Responsabilidade penal pelos excessos de linguagem que os Advogados cometem em juízo» Revista dos Tribunais, 514, 18 a 23.

F — O caso particular da difamação e das injúrias

F-1 — Assento legal

29. A lei penal actual não contém disposição correspondente nem análoga à da incriminação autónoma do art. 419.º do Código Penal de 1886 («difamação ou injúria em discurso escrito forense»), limitando-se agora a dizer o seguinte:

- a) «quem, dirigindo-se a terceiros, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivo da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação em juízo, será punido...» (crime de *difamação*, previsto e punível nos termos do n.º 1 do art. 164.º do Código Penal);
- b) «quem injuriar outrém imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivas da sua honra e consideração, será punido...» (crime de *injúrias*, previsto e punível nos termos do n.º 1 do art. 165.º do Código Penal).

E pergunta-se: em que condições é que o discurso — escrito ou falado — do Advogado se deve subsumir a tais incriminações?

Convém analisá-las primeiro em si mesmas, sem dependência da qualidade do agente.

F-2 — As soluções da jurisprudência

30. Os aludidos preceitos do Código Penal mereceram desde logo o seguinte comentário:

«Cimentou-se agora a orientação de que basta o dolo genérico, em qualquer das suas formas de directo, necessário ou eventual, para interpretar o elemento subjectivo da infracção. Não é, portanto, exigível qualquer dolo específico...», pelo que «concluimos ser tão somente necessário que o agente quisesse com o seu comportamento ofender a honra ou a consideração alheias,

ou previsse essa ofensa de modo a que a mesma lhe pudesse ser imputada dolosamente, nada mais» (MAIA GONÇALVES) ⁽⁴⁵⁾.

Que a anotação não prima pela clareza, vê-se da redacção dela; mas não é feliz, e até é contraditória, além de — o que é mais e pior — ter arrastado quase irresistivelmente a jurisprudência criminal portuguesa para conclusões que não são aceitáveis ⁽⁴⁶⁾.

Isso se vai mostrar.

31. Talvez com a excepção (aliás, pouco nítida) do Acórdão da Relação do Porto de 27 de Fevereiro de 1985 ⁽⁴⁷⁾, a generalidade da jurisprudência tem-se inclinado para a solução de que os crimes de injúria e de difamação, face ao actual Código Penal, apenas exigem a verificação do *dolo genérico*, dispensando a existência do *dolo específico*: assim, os acórdãos da Relação de Coimbra de 3 de Outubro de 1984 ⁽⁴⁸⁾ e de 16 de Janeiro de 1985 ⁽⁴⁹⁾, o acórdão da Relação do Porto de 24 de Outubro de 1984 ⁽⁵⁰⁾, o acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Julho de 1984 ⁽⁵¹⁾, e o acórdão da Relação de Évora de 21 de Maio de 1985 ⁽⁵²⁾.

Nem todos os acórdãos, porém, se contentam com a interpretação doutrinária de que os crimes contra a honra já não dependem do concurso do «*animus injuriandi vel diffamandi*».

De facto, e no citado acórdão da Relação de Lisboa, de 11 de Julho de 1984, juntou-se mais que: «Verificada a actividade correspondente à descrição típica, deve presumir-se a sua inten

⁽⁴⁵⁾ Maia Gonçalves, «Código Penal Português», anotado e comentado, 1984, 2.ª edição, Almedina-Coimbra, pág. 263.

⁽⁴⁶⁾ Outro exemplo (também lamentável) dessa injustificada obediência doutrinária vem a ser a da metodologia judiciária corrente enquanto à individualização (ou medida judicial) da pena.

⁽⁴⁷⁾ Colectânea de Jurisprudência, ano X, 1985, tomo I, 202.

⁽⁴⁸⁾ Boletim do Ministério da Justiça, 340, 447.

⁽⁴⁹⁾ Boletim do Ministério da Justiça, 343, 384.

⁽⁵⁰⁾ Boletim do Ministério da Justiça, 340, 441.

⁽⁵¹⁾ Boletim do Ministério da Justiça, 346, 299.

⁽⁵²⁾ Boletim do Ministério da Justiça, 349, 569.

cionalidade, a menos que os factos, normalmente e em face das circunstâncias, a excluam»; e o mesmo se diz no acórdão da Relação de Évora de 20 de Novembro de 1984, acrescentando-se ainda que: «Cabe à defesa alegar e provar facticidade que porventura desmintam aquele elemento subjectivo (53)».

32. Mas não é assim, manifestamente: são posições que não assentam na interpretação e aplicação correctas da lei penal, por um lado, e que, por outro lado, contrariam alguns princípios basilares do processo criminal.

É esse o exame a que vai proceder-se agora, com apoio quer na letra e no espírito do direito substantivo, quer na lição da melhor doutrina.

F-3 — *O problema do dolo específico*

33. Figure-se uma audiência de julgamento — lenta, monótona —, em que o Advogado, ao iniciar a sua alegação final, se exprime nestes termos: «Senhores Juizes, a defesa não sabe se é capaz de vos despertar da *sonolência* em que esta sessão fez mergulhar o tribunal».

Tratar-se-à de uma imputação injuriosa?

Cumpra distinguir:

- a) *objectivamente*, a ofensa é evidente, pela afirmação ou insinuação do Advogado de que os Juizes não estavam a ser diligentes;
- b) *subjectivamente*, pode não ter havido o ânimo de ofender, se tudo não passou de uma figura de retórica com a qual o Advogado tinha apenas o propósito de se referir ao torpor da audiência.

Parece intuitivo: a vontade de ofender (de injuriar ou difamar) é — tem de ser — um elemento essencial constitutivo dos crimes contra a honra; e, de resto, a doutrina e a jurisprudência

(53) Boletim do Ministério da Justiça, 343, 393.

que pretendem contrariar tal ponto de vista, acabam por confessá-lo, implicitamente:

- a) a primeira, ao considerar «ser tão-somente necessário que o agente quisesse com o seu comportamento ofender a honra ou a consideração alheias;
- b) a segunda, ao ressaltar as «circunstâncias» do facto.

Ora, tais circunstâncias são, precisamente, as que concorrem no fim ou motivação do agente — isto é, e numa palavra, o *dolo específico*.

34. É certo que o dolo específico — o «superdolo», como lhe chegou a chamar a doutrina italiana (BORCIANI) ⁽⁵⁴⁾ — ainda hoje é uma figura de contornos muito discutidos na teoria geral do crime [EDUARDO CORREIA ⁽⁵⁵⁾, FIGUEIREDO DIAS ⁽⁵⁶⁾].

Seja, porém, como elemento da culpa ou culpabilidade (ou ainda vontade culpável, em outra perspectiva), ou como elemento do tipo — é sempre um elemento distintivo do crime, contanto que a lei o exija.

Dir-se-á, no caso das injúrias e da difamação, que o Código Penal é omissivo a esse respeito; mas não é — e, ainda que fosse, o argumento não provaria na mesma.

A letra da lei — «quem... imputar a outra pessoa... um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivo da sua honra ou consideração...» (difamação), «quem injuriar outrém, imputando-lhe factos... ou dirigindo-lhe palavras, ofensivas da sua honra ou consideração...» (injúrias) —, na verdade, não diz expressamente que seja necessária a intenção de difamar, ou a intenção de injuriar; mas também o não diz em relação ao crime de homicídio («quem matar outrém será punido...» cfr. art. 131.º do Código Penal), e ninguém põe em dúvida que seja indispensável a intenção de matar.

⁽⁵⁴⁾ Alberto Borciani, «La offese all'onore — I reati di ingiuria e diffamazione nel diritto italiano», 1927, pág. 23.

⁽⁵⁵⁾ «Direito Criminal», com a colaboração de Figueiredo Dias, Livraria Almedina, Coimbra, 1963, págs. 387 a 389.

⁽⁵⁶⁾ «Direito Penal», Universidade de Coimbra, sumário das lições, 1975, pag. 196; e, numa abordagem mais ampla, «O problema de consciência da ilicitude em direito penal», Coimbra, Livraria Almedina, 1969, págs. 142 e 165.

35. Por outro lado, a exigência do dolo específico «pode encontrar-se claramente formulada na norma incriminadora ou estar nela implícita; tal depende da técnica legislativa utilizada que nem sempre é uniforme» (CAVALEIRO DE FERREIRA) ⁽⁵⁷⁾.

Ora, o regime jurídico-penal da difamação e da injúria não se resume à letra do n.º 1 do art. 164.º e do n.º 1 do art. 165.º do Código Penal. Tem ainda, e pelo menos, mais dois elementos psíquicos (afectivos) ponderosos, no que respeita ao processo de formação da vontade do agente:

- a) ele não será punido «quando a imputação for feita para realizar o interesse público legítimo ou por qualquer outra justa causa, e prove a verdade da mesma imputação ou tenha fundamento sério para, em boa-fé, a reputar como verdadeira» (n.º 2 do art. 164.º, extensivo às injúrias);
- b) «será isento da pena quem, antes da sentença, der em juízo explicações satisfatórias da difamação ou injúria de que for acusado, se o ofendido... as aceitar como suficientes» (art. 171.º do Código Penal).

Sobretudo a primeira daquelas duas circunstâncias — a segunda também mostra, na normalidade das situações, o relevo jurídico-penal da intenção do agente (para o efeito de serem aceites as explicações dele) — revela, inequivocamente, que o fim ou a motivação do agente funciona como pressuposto necessário da vontade culpável (ou do tipo do crime). *O dolo específico* — a vontade de ofender — é, pois, elemento essencial constitutivo dos crimes contra a honra.

36. Assim ensinava também — com algumas excepções, para as quais bastava «o conhecimento de que a frase é injuriosa ou difamatória» (LUÍS OSÓRIO) ⁽⁵⁸⁾ — a doutrina anterior,

⁽⁵⁷⁾ «Lições de Direito Penal, I — A Teoria do crime no Código Penal de 1982», Verbo, 1985, pág. 187.

⁽⁵⁸⁾ Ob. cit., pág. 378.

embora por vezes se confundisse o dolo genérico com o dolo específico, tal como este é entendido comumente:

- a) «... diremos que existe, quanto a elas (*difamação e injúria*), dolo genérico, nos termos gerais: 1.º — quando o agente *sabe* que as imputações que fez são de natureza a ofender a *honra e consideração* de outrem, e *quis* que esta *ofensa* o atingisse...» (BELEZA DOS SANTOS) ⁽⁵⁹⁾;
- b) «... não basta espalhar o facto, sendo indispensável querer que ele ofenda a honra ou a consideração da pessoa visada» (LAURENTINO S. ARAÚJO) ⁽⁶⁰⁾.

37. Deve assinalar-se — pela sua curiosidade — que as frases injuriosas têm vindo a despertar a mais viva controvérsia no domínio da linguística, quanto à questão de saber se elas devem assumir-se, na conhecida distinção austiniana, como actos ilocucionais ou ilocucionários (a simples produção de um enunciado dotado de sentido), ou como actos perlocucionais ou perlocucionários (a utilização de um acto ilocucionário para influenciar alguém).

Aí se sustentou, primeiro — quanto às palavras injuriosas, como se disse —, que o seu «valor semântico» não parece poder ser dissociado do efeito que produzem.

A intenção de atingir os ouvintes parece então determinar directamente a construção da frase: o acto perlocucionário é ao mesmo tempo um acto «ilocucionário» (DUCROT) ⁽⁶¹⁾.

Ultimamente, todavia, tem vindo a defender-se que nada impede que «a injúria, se apresente sempre como qualquer coisa, que, pela sua enunciação, desvaloriza a pessoa injuriada, como qualquer coisa que cria para essa pessoa, em relação ao locutor,

⁽⁵⁹⁾ Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 92.º, pág. 200.

⁽⁶⁰⁾ «Crimes contra a honra», Coimbra Editora, 1957, pág. 35. Este autor escrevera antes: «Entendemos que, apesar de se ter tornado evidente a ofensa, se não houver dolo, intenção, isto é, se não se verificar o *animus diffamandi*, se não houver o *propósito deliberado* de ofender a honra ou consideração alheias, não há crime» (ob. cit. pág. 33).

⁽⁶¹⁾ Oswald Ducrot, «Actos Linguísticos», Enciclopédia, Imprensa Nacional — Casas da Moeda, pág. 442.

uma situação de inferioridade de um tipo determinado. E se se procura atingir outros efeitos, é sempre na sequência e por meio desta pretensão fundamental. É este valor constante que consideramos como o sentido da injúria, assim como a pretensão ilocucionária de obrigar alguém a responder é o sentido da pergunta, quaisquer que sejam os objectivos perlocucionários visados.» (DUCROT) (62).

Em termos talvez mais simples: a injúria — no seu sentido próprio — não passa de um simples acto ilocucionário, pois o resultado (a desconsideração da pessoa visada), como objectivo perlocucionário, está-lhe sempre associado.

38. Sem querer discutir o acerto ou a bondade de tais construções — até por falta de competência linguística —, logo se alcança como é perigosa a sua transposição, sem mais, para a teoria geral do direito criminal, se não se introduzir nela uma distinção necessária.

É que, e no plano do resultado da injúria (a desvalorização do paciente, como objecto da linguagem do agente), o ânimo ofensivo não se confunde com o efeito danoso, ou de lesão da honra: aquele gera responsabilidade civil e só o último gera responsabilidade criminal.

Essa distinção, a linguística não a faz, mas o direito tem de fazê-la.

F-4 — *O problema da prova de intenção*

39. Voltando, pois, ao direito penal — e, mais especificamente ainda, ao direito processual penal —, é altura de referir que, também aqui, a jurisprudência portuguesa não se tem orientado nos melhores termos. O que os Tribunais da Relação têm definido, no fundo, é esta orientação:

- a) nos crimes de difamação e de injúrias, basta o dolo genérico, sendo desnecessário o dolo específico (aspecto já criticado atrás);

(62) Oswald Ducrot, «Dizível/Indizível», *apud* Enciclopédia cit. pág. 457.

- b) ainda que fosse necessário o dolo específico, ele deve naturalmente presumir-se, face à materialidade da ofensa; e é à defesa que incumbe afastar tal presunção.**

Estas últimas conclusões (no plano do direito probatório, portanto) são feridentes de princípios elementares do processo penal — na sua orientação mais saudável —, e, por isso, não são de aplaudir.

40. A doutrina criminal portuguesa tem estado dividida em relação ao delicado problema do ónus da prova (ou da repartição do ónus da prova) em processo penal, quando se trata de apurar o elemento subjectivo da infracção: há quem entenda que ele se presume, uma vez provados os elementos naturais da infracção (BELEZA DOS SANTOS, EDUARDO CORREIA, FIGUEREDO DIAS); há quem sustente que impende sobre a acusação o ónus dessa prova, por se tratar — a *culpa* — apenas de mais um elemento essencial constitutivo do crime (CAVALEIRO DE FERREIRA).

E é sabido também que a posição da Escola de Coimbra é que tem triunfado largamente na jurisprudência.

Há que confessar, todavia, que tal posição — sem dúvida, a mais cómoda para a acusação —, continua a não convencer; e cada vez convence menos.

41. Não vem ao caso que, em processo crime, e no rigor dos princípios, o Ministério Público e o Réu não sejam partes em situações processualmente iguais — ao contrário do que acontece no processo civil.

E sabe-se que o Réu não pode, por exemplo, deduzir pedido reconvenicional contra o Ministério Público, o qual, por sua vez, também nunca é condenado em custas.

Simplemente, isso — e é o legislador que pode responder, não é a doutrina, nem a jurisprudência —, nada tem que ver com o significado da absolvição do Réu, que em nada se distingue do decaimento ou da sucumbência da acusação, pública ou particular.

Para além disso, porém, a questão é puramente lógica: «todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença da condenação» e «o processo criminal tem estrutura

acusatória» (n.º 2 e 5 do art. 32.º da Constituição da República); logo, é à acusação que cabe destruir a presunção da inocência do arguido, o que faz recair sobre ele o ónus da prova do crime.

E como a prova do crime é a demonstração judiciária dos elementos que o constituem — um facto típico, ao mesmo tempo ilícito e culposo —, e a lei os não distingue, também ao intérprete não é legítimo distingui-los; logo, a acusação está obrigada a provar tanto os elementos objectivos como os elementos subjectivos da infração.

Deste sorites é que não há fugir.

F-5 — *As presunções «prima facie» e o princípio «in dubio pro reo»*

42. As presunções em que se tem apoiado a jurisprudência constituem o segundo desvio grave a outra regra sagrada do processo criminal: o princípio «in dubio pro reo».

A confiança excessiva que os tribunais têm depositado nos factos materiais, objectivos, da infração — fazendo presumir deles a vontade culpável do agente —, é uma prática forense que aparta os juízes daquela recomendação salutar: «A dúvida é um passo obrigatório no caminho da verdade. Ai do Juiz que não duvida!» (CARNELUTTI) ⁽⁶³⁾.

43. Isto, evidentemente, no pressuposto de que não têm aplicação em processo penal as regras da repartição do ónus da prova de que atrás se falou; se tivessem, o «non liquet» seria sempre valorado contra a parte onerada com a prova — isto é, contra o Ministério Público.

Em certo sentido, porém, e em processo penal, o princípio «in dubio pro reo» não conduziria a resultado substancialmente diferente; o «non liquet», em matéria probatória, é avaliado em benefício do Réu.

⁽⁶³⁾ Francesco Carnelutti, «Principi del Processo Penale», Ed. Morano, Napoli, 1960, pág. 139.

Nesta parte é que importa abordar a questão das presunções jurisprudenciais (no sentido de presunções que têm sido acatadas pela jurisprudência), pela quebra que envolvem do invocado princípio, antes mesmo de se entrar na análise das infelizes presunções da jurisprudência.

44. A dúvida — «um estado subjectivo como estado psicológico de falta de certeza, dependente do inexacto conhecimento da realidade objectiva ou subjectiva» (SABATINI) ⁽⁶⁴⁾ — é um grau de conhecimento vulgar no plano da convicção judiciária.

E é ela que põe à prova a diligência do Juiz, obrigado ao esforço de superar a incerteza do seu conhecimento.

Uma coisa, todavia, é a «averiguação da prova», e outra é a «verificação da prova»: *a diferença está em que «a recolha exige um extremo interesse e a valoração, em troca, um extremo desinteresse»* (CARNELUTTI) ⁽⁶⁵⁾.

Ora, bem pode suceder — até mesmo em processo penal inquisitório (isto é, com absoluta liberdade do Juiz para averiguar) — que o Juiz, não obstante os seus esforços intelectuais, não consiga ultrapassar, a final, o estado de dúvida quanto aos factos de que deva conhecer: nesse caso, o sentimento dominante, comum, de que é mais tolerável a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente, obriga-o a fazer apelo ao princípio «in dubio pro reo», para o efeito de julgar a favor do Réu.

45. É um princípio que tinha longa aplicação nas suas origens — que remontavam ao direito romano, no qual as regras «favor libertatis» ou «in dubiis pro libertate» levaram a dizer que «os demandados são considerados mais favoravelmente que os autores» (GAIO) e que «na dúvida prevalece a liberdade» (MAR-

⁽⁶⁴⁾ «In dubio pro reo», *apud* «Novissimo Digesto Italiano», tomo VIII, pág. 613.

⁽⁶⁵⁾ Francesco Carnelutti, «Diritto e processo», Ed. Morano, Napoli, 1958, n.º 56, pág. 97).

CIANO) —, e que conserva ainda a sua actualidade em processo criminal [como noutros ramos do direito ⁽⁶⁶⁾].

E significa apenas isto: *a insuficiência de prova é igual a falta de prova.*

Quer dizer: «o juiz que diz, na sua sentença, que absolve com dúvidas, pelo benefício da dúvida, que decide em favor do réu, não está em dúvida: está firme e seguro de que carece de provas; de que não tem, ao menos, as suficientes para condenar; e sem provas não se pode condenar» (MELENDO) ⁽⁶⁷⁾.

46. Sem discutir aqui a delicada questão da eventual extensão do princípio «in dubio pro reo» à própria interpretação da lei penal, há que reconhecer que o campo da eleição de tal princípio é, indiscutivelmente, o da prova dos factos controvertidos.

Mas não é apenas isso: a lei pode ser clara; os factos estarão apurados — e, assim, não há qualquer dúvida quanto a eles; contudo, a dúvida pode existir quanto ao problema de saber se tais factos tipificam o ilícito penal de que se trata.

Em tal caso, a posição mais sensata é a de que «quando existem dúvidas a respeito da criminalidade de um facto, deve aplicar-se o princípio de que, na dúvida, há que estar a favor do réu; e em particular quando se trata de se determinar a existência ou não do dolo, e, ainda, o concurso de circunstâncias escusantes ou desculpantes» (MELENDO) ⁽⁶⁸⁾.

47. É cristalino que o sistema das presunções, de que a jurisprudência se tem socorrido largamente — nem sempre com muita reflexão, ou com grande critério —, contraria em absoluto a regra «in dubio pro reo».

E porquê? Porque se trata, propriamente, de uma presunção judicial no sentido em que o definem os arts. 349.º e 351.º do

⁽⁶⁶⁾ Com formulações semelhantes: v.g. «in dubio contra fiscum», «in dubio pro operario», etc..

⁽⁶⁷⁾ Santiago Melendo, «In Dubio Pro Reo», Buenos Aires, 1971, pág. 81.

⁽⁶⁸⁾ Ob. cit., págs. 97 a 99.

Código Civil, isto é, de uma ilação que «o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido».

Trata-se, antes — ou as presunções não seriam, jurisprudencialmente, tão enfatizadas como têm sido —, de quase presunções-legais, ou presunções «juris tantum» (na medida em que podem ser ilididas mediante prova em contrário).

Ora, é isso, justamente, que merece censura — e por várias razões.

48. Antes de mais, trata-se de presunções que só pela lei criminal podiam ser criadas⁽⁶⁹⁾, quando o Código Penal e o Código de Processo Penal são, em matérias de crimes contra a honra, inteiramente omissos a esse respeito; tais presunções, são por outro lado, figuras «excepcionais» (VAZ SERRA)⁽⁷⁰⁾, não comportando por isso aplicação analógica.

Finalmente, «as presunções legais relativas em processo penal são de afastar, por perigosas para a justiça da decisão quando se refiram a pressupostos da condenação» — sem falar já no seu carácter excepcional» (CAVALEIRO DE FERREIRA)⁽⁷¹⁾.

Tudo são regras — mais que cautelas — que a jurisprudência tem desprezado.

49. Em outra perspectiva, e a admitir-se que, ao fazer presumir o «animus diffamandi vel injuriandi» da simples materialidade dos factos, a jurisprudência apenas se tem limitado a evidenciar uma natural ou intuitiva presunção judicial, nem assim tal orientação se mostra fundada. Em primeiro lugar, pela natureza mesma das presunções judiciais: são casuísticas, ou individualizadas, e não podem ser generalizadas nos termos em que o têm sido.

Depois, e sob pena de se falar de um *dolus in re ipsa* como princípio geral, a chamada prova de *prima facie* deve apoiar-se

(69) Cfr. o disposto no n.º 1 do art. 350.º do Código Civil.

(70) «Provas», Boletim do Ministério da Justiça, 110, 188.

(71) «Curso de Processo Penal», II vol., pág. 337.

sempre em «certas presunções naturais ligadas, por exemplo, ao princípio da normalidade ou da regra geral» (EDUARDO CORREIA) (72).

Compreende-se, nessas circunstâncias, e para exemplificar, que a agressão a uma pessoa, ou o assalto a um banco, manifestem também — pela normalidade das coisas — uma intenção criminosa.

Mas já o mesmo não se deve dizer da expressão objectivamente difamatória ou injuriosa. O agente pode ter querido informar, ou denunciar, ou corrigir, ou criticar — ou pode até nem ter falado a sério. E a informação, a denúncia, a correcção, a crítica, a própria brincadeira, não são menos vulgares que a difamação e a injúria — estas é que são menos comuns do que aquelas.

50. Está longe de ser criteriosa, assim, e nos crimes contra a honra, a solução da jurisprudência que consiste em fazer presumir o ânimo de ofender da materialidade das expressões utilizadas.

É uma metodologia judiciária que tem de conduzir necessariamente a resultados desconformes aos princípios do processo penal, que são específicos: «... em processo civil o tribunal condena quando tem dúvidas para a absolvição e absolve quando tem dúvidas para a condenação, e *em processo penal o tribunal condena quando tem certezas para a não absolvição e absolve quando tem dúvidas para a condenação*; pelo que em processo civil as exigências de fundamentação são iguais para a condenação e para a absolvição, e *em processo penal as exigências de fundamentação são maiores para a condenação do que para a absolvição*» (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA) (73).

A condenação de um réu, por difamação ou injúrias, e com base nessa simples prova «prima facie» (quanto ao elemento subjectivo da infração), não é, como se compreende, uma condenação bastantemente fundamentada.

(72) «Les preuves en droit pénal portugais», Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XIV, n.º 1 e 2, pág. 24.

(73) «A livre apreciação da prova em processo civil», «Scientia Iuridica», tomo XXXIII, n.º 187-188, pág. 117.

III — AS ORIENTAÇÕES JURÍDICAS

G — *Preliminares*

51. Com as análises que antecedem — primeiro, da estrutura sociolinguística do discurso do Advogado, depois do seu enquadramento jurídico (em geral e jurídico-penal, em particular) —, já é possível tentar, neste momento, um exame diferente da especialidade de regime jurídico da linguagem do Advogado, à luz das melhores lições da doutrina, da jurisprudência, e, por que não, da própria prática forense.

52. Um acórdão exemplar (e, até agora, inédito), tirado em 11 de Outubro de 1956 pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, consagrou a seguinte doutrina:

«*Mal de nós todos, os Advogados, mal do exercício da Advocacia*, com todas as responsabilidades que comporta, se para ser exercida, principalmente no que toca à discussão oral, se houver que precisamente calcular os efeitos de as circunstâncias de natureza disciplinar que qualquer expressão mais viva, qualquer comentário, pouco ou muito contundente, podem originar.

Então, se assim tiver que ser, se o Advogado ao pleitear a defesa do que considere justo, ou a causa que lhe está confiada, *estiver sempre em presença de ameaça disciplinar*, tendo receio de ferir susceptibilidades alheias, deixará de se considerar no pleno uso dos seus direitos e na obrigação de cumprir os deveres que a lei lhe confere e impõe» (74).

53. Eis, pois, o problema que se põe ao Advogado. Ele deve, por um lado, «estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido, utilizando, para o efeito, todos os recursos da sua experiência, saber e actividade» (alínea *d*) do n.º 1 do art. 83.º do Estatuto da Ordem dos Advogados); e deve mais

(74) Livro de registos de acórdãos do Conselho Distrital de Lisboa, ano 1956, pág. 208. Foi relator deste acórdão o Dr. Eduardo da Cunha e Sousa.

«pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas», como deve «protestar contra as violações dos direitos humanos e combater as arbitrariedades de que tiver conhecimento no exercício da profissão» (alíneas *a*) e *e*), respectivamente, do art. 78.º do mesmo Estatuto).

Mas o Advogado deve ainda — por outro lado —, e como se viu atrás, ser urbano para com todos os intervenientes processuais, e, em particular, ser respeitoso para com os Juízes (arts. 89.º e 87.º, respectivamente, do aludido Estatuto).

Está o Advogado, assim, e em resumo, obrigado a cumprir dois *deveres*:

- a) a lutar pela satisfação dos interesses do seu Constituinte — e na perspectiva amplíssima do «aperfeiçoamento das instituições jurídicas» e do combate às «arbitrariedades de que tiver conhecimento no exercício da profissão»;
- b) a ser correcto — nessa luta e nesse combate — com tais instituições e, em particular, a ser respeitoso para com os Juízes.

Portanto, o discurso do Advogado — que é o instrumento da sua discussão judiciária — deve apoiar-se numa linguagem (escrita ou falada) que deve ser, e por um lado, de luta, de combate, e, por outro lado, ser correcta e respeitosa.

E esta apreciação é, ao mesmo tempo, lógica e deontológica: é assim e deve ser assim.

54. Vejamos então que orientações é possível colher nesta matéria, no quadro psicológico e jurídico que já se desenhou.

Se se aceitar que o Advogado é normalmente portador de uma consciência elevada — pela tarefa de que se acha incumbido —, e que «a injúria é o recurso ordinário dos espíritos medíocres» (PEREIRA E SOUSA) ⁽⁷⁵⁾, é fácil concluir, em tais condições, que é anormal que o Advogado recorra à injúria, sabido como

(75) «Classe de crimes», pág. 273.

é que esta não robustece a linguagem, antes a enfraquece, porque a diminui.

Há que contar, porém, com muitos factos (como se viu na Introdução), nos quais se destacam as inquietações do Constituinte, o ardor do litígio, a vivacidade da linguagem, a ambiguidade da argumentação, o temperamento do Advogado — e, quantas vezes, a malícia da parte contrária, a incompreensão do Juiz; assim, o desespero da própria causa.

Por tudo isso, o Advogado pode descomandar-se na sua linguagem, e, porventura, fora das exigências da causa — que já se viu atrás serem circunstâncias excludentes de qualquer responsabilidade —, chegar a desconsiderar, sem necessidade, a integridade moral dos demais intervenientes processuais.

E, sendo certo que «todas as verdades se podem dizer, desde que se saiba como dizê-las» (ÂNGELO D'ALMEIDA RIBEIRO) ⁽⁷⁶⁾, é certo ainda que importa assentar nos justos limites da liberdade de expressão do Advogado, mesmo contando com as circunstâncias atenuantes da inerente responsabilidade.

55. Ora, isso não é fácil. Não é fácil pelo próprio quadro de circunstâncias em que se move o Advogado:

«A vida de Advogado é uma vida de combate. Ser advogado é ter o direito de profligar todos os abusos, de apontar todas as violências, de denunciar todos os crimes, de defender os oprimidos, os perseguidos e os fracos, de dar apoio aos que dele carecem, de propugnar pelo direito — em cuja existência assenta a própria vida da comunidade: é, afinal, manter aceso o facho da legalidade, sem o qual o Mundo se subverte na mais atroz confusão; é empunhar um gládio e lutar com ele pela ordem jurídica.

Só homens livres podem, por isso, exercer com honra a profissão. E a liberdade é coarctada pelo facto simples — mas trágico — de cada advogado se ver sob a ameaça de passar a réu, ficando à mercê do critério puramente subjectivo dos juízes,

⁽⁷⁶⁾ Ângelo Vidal d'Almeida Ribeiro, «Direitos dos Advogados — independência e relações com a magistratura», separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1958, pág. 9.

às vezes perturbado pelo calor da discussão da causa, pelo choque de opiniões que nela se defrontam, pela própria paixão inerente à defesa do que se julga ser o direito» (77).

Eis um depoimento muito expressivo, que sempre teria de ficar arquivado nestas páginas.

H — *As soluções da doutrina*

56. Há que assinalar, antes de mais, a «dificuldade de estrear bem em muitos casos os limites onde pára o zelo entusiástico e convicto dos advogados pelo interesse dos seus constituintes, e onde começa o propósito e o intuito de dirigir injúrias aos juízes e aos adversários (DIAS FERREIRA) (78).

Não se diz que seja impossível — designadamente, em casos nítidos.

Todavia, e como se acentuou na altura própria, a argumentação judiciária, pelo seu carácter emocional, escapa muitas vezes à racionalidade das motivações e as inflexões da linguagem acabam por reflectir-se no estilo dela (SCHROENER) (79).

Nessas circunstâncias, mostra-se delicada — e, às vezes, a destriça é impraticável — a questão de distinguir entre o «dolus bonus» e o «dolus malus» do Advogado.

57. Em qualquer caso, e para além de ter de «reconhecer-se ao advogado a liberdade de dizer, por escrito ou oralmente, tudo o que for necessário à defesa da causa que lhe está con-

(77) Revista da Ordem dos Advogados, 1959, II, pág. 236. Trata-se do parecer da Câmara Corporativa proferido sobre a Lei n.º 2 096, de 23 de Maio de 1959, que fez aditar um § 4.º ao art. 411.º do Código de Processo penal (e, assim, a disposição que obrigava ao julgamento imediato dos que, em audiência, cometessem infracções, deixou de se aplicar aos Advogados). Foi relator desse notável parecer o Prof. Doutor Adelino da Palma Carlos; e os outros juristas que o subscreveram foram os Drs. José Mota Pereira de Campos, José Augusto Vaz Pinto, Prof. José Gabriel Pinto Coelho, Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva, Afonso de Melo Veloso e Augusto Cancellia de Abreu.

(78) Ob. cit., pág. 177.

(79) Ob. cit., pág. 33.

fiada» (ALBERTO DOS REIS) ⁽⁸⁰⁾, deve admitir-se ainda que há circunstâncias especiais em que se compreende e justifica um certo vigor de linguagem, em que, mesmo a pessoa mais disciplinada e comedida, é naturalmente levada a usar de expressões severas e enérgicas (*vide* ALBERTO DOS REIS) ⁽⁸¹⁾.

E é impressionante a unanimidade de vistas:

«É necessário não esquecer que um processo é um luta, quase sempre viva e apaixonada, de interesses ou de sentimentos, e que nem sempre é possível manter nessa luta uma atitude de extrema correcção e de impecável urbanidade» (REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA) ⁽⁸²⁾.

58. Sob o ângulo de responsabilidade especificamente criminal do Advogado, ensinava a doutrina — e bem — nestes termos: «Para que os escritos dos advogados e procuradores se julguem criminalmente difamatórios ou injuriosos, não basta atender à significação própria das palavras, sendo necessário verificar se servem ou não para provar a intenção das partes, isto é, se são exigidos pela defesa ou apenas manifestam a intenção criminosa de ofender alguém na sua honra e consideração» (REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA) ⁽⁸³⁾.

E não podia deixar de ser assim, pois «é uniformemente admitido que o *animus defendendi* absorve o *animus injuriandi*» (ADRIANO MOREIRA) ⁽⁸⁴⁾.

59. Parece, todavia, e quanto ao Advogado, que se deve ir mais longe, uma vez que não repugna admitir também — e, aliás, em conformidade com o preceituado no n.º 5 do art. 154.º do Código de Processo Civil — o princípio de que funciona em favor dele a presunção do «*animus defendendi*», sempre que os factos imputados hajam sido praticados no exercício da profissão.

⁽⁸⁰⁾ «Comentários ao Código do Processo Civil», 2.º vol., 1945, pág. 124.

⁽⁸¹⁾ Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 59.º, págs. 49, 50 e 51 e págs. 65 a 70.

⁽⁸²⁾ Ano 55.º, pág. 117.

⁽⁸³⁾ Ano 35.º, pág. 262.

⁽⁸⁴⁾ Ob. cit., pág. 170.

É a solução que melhor se coaduna com a «*dignidade da advocacia*», expressamente proclamada na lei (85).

I — *As soluções da jurisprudência*

60. No plano da jurisprudência, e começando pela Ordem dos Advogados, esta nunca se afastou dos princípios doutrinários insistentemente defendidos. Com base no juízo de que «o cabal exercício do mandato impõe ao advogado uma conduta isenta de cobardia ou de aquietante comodismo» (86), a Ordem tem autorizado expressamente o Advogado ao «emprego das expressões mais ou menos enérgicas, veementes, vibrantes, consoante a natureza do assunto e o temperamento emocional de quem as subscreve» (87), desde que se mantenha sempre um limite de «serenidade e de compostura, que não são manifestações de subserviência ou de subalternização, mas de superioridade de espírito» (88).

Essas regras — que traduzem jurisprudência absolutamente pacífica da Ordem dos Advogados — inspiram-se na ideia mais geral de «o que se impõe que haja é a natural lhaneza que toda a pessoa bem formada tem para com o seu semelhante quando está em causa o respeito devido a quem tem a função de julgar» (89).

61. Como se escreveu noutro lugar, «já a jurisprudência dos tribunais comuns se tem revelado flutuante» (90).

(85) Cfr. art. 58.º n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados.

(86) Acórdão do Conselho Superior de 17 de Janeiro de 1961, Revista da Ordem dos Advogados, 21, 121.

(87) Acórdão do Conselho Superior de 11 de Março de 1965, Revista da Ordem dos Advogados, 25, 292.

(88) Acórdão do Conselho Superior de 13 de Dez.º de 1963, Revista da Ordem dos Advogados, 24, 1 409.

(89) Acórdão do Conselho Superior de 25 de Julho de 1980, Revista da Ordem dos Advogados, 40, 774.

(90) Alfredo Gaspar, «Estatuto da Ordem dos Advogados» (anotado), Jornal do Fundão Editora, 1985, pág. 169.

Até 9 de Janeiro de 1969 — data de um parecer do Sr. Procurador-Geral Dr. Furtado dos Santos, no qual se quis «iluminar deficientes entendimentos sobre prerrogativas, direitos e deveres dos advogados» e se conclui que «entre nós a severidade punitiva para os desmandos forenses fica muito aquém» ⁽⁹¹⁾, foi possível encontrar decisões verdadeiramente notáveis dos Tribunais Superiores, que suscitaram justo aplauso, por se mostrarem «muito rasgados no que respeita à liberdade de apreciação e de discussão de que devem gozar os advogados» (ADOLFO BRAVO) ⁽⁹²⁾.

62. Vale a pena reproduzir aqui tais arestos, mesmo até — e para além do seu irrecusável valor doutrinário — pela grande elevação de espírito que patenteiam.

O Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão de 18 de Dezembro de 1917 ⁽⁹³⁾, consagrou o entendimento de que «o advogado não poderia desempenhar, com autoridade e elevação, a sua alta missão de defensor do Direito e da Justiça, se a sua linguagem deixasse forçadamente de ser enérgica e veemente, para ser só de timidez e cheia de respeitos humilhantes em face das violações flagrantes das leis, e se não lhe fosse lícito exprimir-se com nobre e justa indignação diante dos que não sabem cumprir rigorosamente e escrupulosamente os seus deveres».

Mais tarde, e por acórdão de 26 de Março de 1926, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça foi ainda mais incisivo: «Não queiramos nunca nesta terra uma advocacia subserviente e tímida ante o atropelo da lei ou a prepotência dos que têm o dever de a aplicar.

É de altas consciências que o futuro dos povos depende, e desgraçados deles se a reclamação da justiça não poder ser veementê e livre» ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ Boletim do Ministério da Justiça, 81, págs. 209 e 304, respectivamente.

⁽⁹²⁾ «Responsabilidade penal pelos excessos de linguagem que os Advogados cometem em juízo», Revista dos Tribunais, n.º 1 514, ano 64, pág. 21.

⁽⁹³⁾ Gazeta da Relação de Lisboa, 31, 286.

⁽⁹⁴⁾ Revista da Justiça, vol. 59.º, pág. 32.

63. Na esteira dessas louváveis decisões, pronunciaram-se depois as Relações:

- a) «Na apreciação dos termos em que as alegações escritas são feitas, para poder concluir-se se são ou não difamatórias ou injuriosas as expressões nelas empregadas, deve usar-se de toda a circunspecção e o julgador deixar-se guiar, não por um critério extremamente rigorista, mas antes por um grande espírito de tolerância e magnanimidade, tendo sempre em vista que às partes compete alegar, com toda a liberdade, tudo quanto julgam necessário para a defesa dos seus direitos, e que, se as expressões empregadas são, por vezes, ou podem ser consideradas, dum modo absoluto ou abstracto, como difamatórias ou injuriosas, não o são relativamente, por lhes faltar o ânimo ofensivo, e a elas presidir a intenção de convencer o tribunal da justiça que lhes assiste no pleito» (95).
- b) «Os advogados só podem desempenhar-se com dignidade proficuamente de um mandato honrosíssimo se lhes for reconhecida a maior amplitude no direito de dizerem e escreverem aquilo que, em boa razão, julgam proveitoso ao esclarecimento da justiça e designadamente aos interesses dos seus constituintes.

E porque a natureza especial das suas funções actua geralmente na forma do seu carácter, fazendo-o mais vivo e mais combativo, natural é que eles, quando bons lutadores, se apaixonem pela sua causa, rejubilem com os êxitos obtidos e se impacientem e por vezes se irritem com o que julgam atentatório dos direitos e interesses que defendem como se seus próprios fossem.

Daí, por vezes, certas incontinências de linguagem, excessos e desabafos mal contidos.

Mas porque tais manifestações são próprias da natureza humana impõe-se usar para com elas de toda a tole-

(95) Acórdão da Relação de Lisboa, de 4 de Maio de 1935, Revista de Justiça, vol. 23.º, pág. 170.

rância que seja de admitir, sem quebra ou prejuízo da autoridade que o magistrado encarna e tem obrigação de prestigiar» ⁽⁹⁶⁾.

- c) «Ao Advogado tem de reconhecer-se o direito de defender os direitos e os interesses dos seus constituintes com calor, com entusiasmo, com fé e com denodo que é costume pôr na luta por uma decisão que se crê justa. O Advogado é sempre assim. Apaixona-se, arrebatase, e no seu entusiasmo produz muitas vezes magníficas peças que lhe asseguram bons êxitos, boas causas e bons constituintes» ⁽⁹⁷⁾.
- d) «Na apreciação das injúrias atribuídas a advogados, deve haver certa benevolência, atendendo-se ao calor da discussão e à liberdade de defesa dos interesses do constituinte, que não pode ser restringida com peias excessivas» ⁽⁹⁸⁾.

64. Dificilmente se diria mais e melhor — no conjunto das transcrições que antecedem —, enquanto à linguagem dos Advogados, e no plano da psicologia judiciária.

E era assim a jurisprudência criminal portuguesa, até há relativamente poucos anos, em matéria de liberdade de expressão dos Advogados.

Nem se diga, tão pouco, que ela não era escrupulosa na apreciação de um problema tão delicado, pois tanto reconhecia que «quando um advogado pede para explicar uma palavra que é considerada ofensiva do respeito ao Juiz, deve ser ouvida a explicação antes da qual nenhuma decisão deve ser tomada» ⁽⁹⁹⁾, como não tinha dúvidas em afirmar que «o advogado não tem o direito

⁽⁹⁶⁾ Acórdão da Relação do Porto de 21 de Julho de 1943, Gazeta da Relação de Lisboa, vol. 31.º, pág. 285.

⁽⁹⁷⁾ Acórdão da Relação de Lisboa, de 29 de Outubro de 1943, Revista de Justiça, vol. 29.º, pág. 55.

⁽⁹⁸⁾ Acórdão da Relação do Porto de 1 de Abril de 1954, Revista dos Tribunais, 73.º, pág. 217.

⁽⁹⁹⁾ Acórdão da Relação do Porto de 4 de Agosto de 1933, Revista dos Tribunais, 12.º, pág. 188.

o direito de ofender a autoridade e a dignidade do julgador, ainda com a fórmula salvo o devido respeito», que à ofensa não tira os seus efeitos ⁽¹⁰⁰⁾.

Em resumo: a jurisprudência portuguesa era assim.

J — A prática forense

65. Afigura-se útil, ainda, uma rápida digressão pela prática forense, para se aquilatar melhor — embora de uma forma casuística —, não apenas da tendência evolutiva da linguagem dos Advogados, mas sobretudo do modo como têm sido entendidos os limites da liberdade de expressão judiciária.

Trata-se apenas de peças escritas (dada a conhecida dificuldade de reprodução das intervenções orais), mas todas elas firmadas por Advogados de prestígio: aí vão, pois, e neste século, sete décadas da Advocacia portuguesa — de 1910 a 1980 —, representadas por *dez grandes Advogados*.

a) Na década de dez

«Ora o processo chamado do Crédito Predial não me parece que deva levar à posteridade a magistratura e a República!

Nele têm sido arbitrária e tumultuariamente atropeladas todas as garantias de defesa.

Nós, advogados, não desejamos apenas o prestígio abstracto da Justiça, desejamos também o prestígio concreto dos seus funcionários. Nós queremos continuar a apertar a mão de juízes e delegados da República!» (CUNHA E COSTA) ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 1935, Revista dos Tribunais, 14.º, 66.

⁽¹⁰¹⁾ «A justiça provisória ou resposta de José Maria da Costa Bello a um agravo do delegado do procurador da República junto do 1.º Juízo de Investigação Criminal de Lisboa», pelo advogado José Soares da Cunha e Costa, 1911, págs. 11 e 14. Utilizava-se mais a primeira pessoa (do singular ou do plural), e menos o discurso impessoal, que é a regra de há cinquenta anos para cá.

b) Na década de vinte

«O Sr. Desembargador... é um espírito em permanente revolta contra as acções de investigação de paternidade ilegítima.

Não se conforma com os princípios que as autorizam, não se amolda às disposições legais que as novas leis a tal respeito criaram.

Daí resulta uma irritabilidade que prejudica a sua missão de julgador...

Não é afirmação gratuita a que assim fica transcrita» (bastonário ACÁCIO FURTADO) ⁽¹⁰²⁾.

c) Na década de trinta

«Oh! a fácil coragem de afirmar!

A energia e ar de sinceridade com que se afirma uma coisa falsa, faz que às vezes ela circule como verdadeira, talqualmente acontece com as moedas falsas...

O pior é se vem a Polícia!...» (advogado honorário MÁRIO DE CASTRO) ⁽¹⁰³⁾.

d) Na década de quarenta

«E é isto que o recorrente pretende que o Supremo Tribunal de Justiça sancione, ache certo e julgue conforme ao direito.

Será possível?

Firmemente o não cremos e, como nós, o não crêem, nem o esperam o recorrente e os seus cinco muito doutos patronos: — o recorrente por instinto, porque, natural-

⁽¹⁰²⁾ «A propósito duma advertência pelo Tribunal da Relação de Lisboa», minuta de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça pelo advogado advertido Acácio Ludgero d'Almeida Furtado, 1921, pág. 9.

⁽¹⁰³⁾ «O arresto dos bens de Eduardo Plácido. Pode decretar-se arresto à segurança de responsabilidade civil emergente dum facto criminoso?», petição inicial e contra-minuta, pelo advogado Mário de Castro, 1934, pág. 26.

mente, pensa que não vivemos em plena selva, onde ele seja o soba; os seus patronos precisamente porque são doutos e de Direito sabem muito mais do que aparentam» (advogado honorário AZEVEDO PERDIGÃO) ⁽¹⁰⁴⁾.

e) *Na década de cinquenta*

«Não vale a pena!

Sem acrimónia, nem intenções de ofender quem quer que seja, há que confessar que raros são os Advogados deste País que não sintam, cada dia mais magoadamente, a derrancadora convicção da inutilidade da sua colaboração em autos pendentes nos tribunais onde se persegue o crime.

A Justiça portuguesa, neste campo de Direito, entrou num pendor que a levará a descrédito total, se não lhe acodem a tempo» (advogado honorário BUSTORFF SILVA) ⁽¹⁰⁵⁾.

«Directamente sobre o problema jurídico em debate não se conseguiu nas alegações, que vão ser respondidas, alinhar mais de meia dúzia de considerações sem tom, nem som.

Optou-se por solução mais pintainha e barata.

Substitui-se ao jurisperito o escrevinhador de artigos de insulto e de escândalo...

Estes pleiteantes de má-morte hão-de explicar, se puderem. No capítulo da impudência, este simples exemplo dá a justa medida das tortuosidades morais e legais

⁽¹⁰⁴⁾ «Covões no Pretório. De esbulhador a litigante de má fé e, no caso do «Coliseu» sempre contra a Lei, sempre contra o Direito, sempre contra a Justiça, sempre contra a Moral», contra-minuta da revista, pelo advogado José de Azeredo Perdigão, 1940, pág. 51.

⁽¹⁰⁵⁾ «Duas Minutas. I — Do direito de livre crítica dos Advogados. II — Dos vícios na condenação do Dr. José de Abreu», pelo advogado António Júdice Bustorff Silva, 1954, pág. 10.

a que o recorrente se atreve» (advogado honorário BUSTORFF SILVA) ⁽¹⁰⁶⁾.

«Curioso princípio — muito simples, mas muito errado.

Sustentando-se este princípio, fica-se sem perceber que ideia é que se faz de um direito constituído, e que noção se tem acerca da sua revogação por simples acto de administração, quando antes se repudia em referência à licença concedida à recorrente...

Esta flutuação de critério confirma a ligeireza das decisões recorridas» (bastonário e advogado honorário ADELINO DA PALMA CARLOS) ⁽¹⁰⁷⁾.

f) *Na década de sessenta*

«Neste processo o ilustre julgador, apesar das altas qualidades morais e mentais que é de justiça reconhecer-lhe, procedeu como um funcionário da alfândega que se limita a apor um «visto» distraído na mala de viajante. Sem exame atento da prova (dir-se-ia mesmo que sem qualquer exame da prova), aceitou, intacto, o despacho de pronúncia provisória, como se nada se tivesse passado no processo desde então» (FERNANDO DE ABRANCHES-FERRÃO) ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ «Da compra de acções próprias pelas sociedades anónimas, respectiva utilização e situação jurídica, ou o caso da proibição da assembleia geral da Sociedade Industrial de Imprensa», pelo advogado António Júdice Bustorff Silva, 1956, págs. 7, 8, 10 e 11.

⁽¹⁰⁷⁾ «A ofensiva do C.A.T. contra a Fábrica de Condutores Eléctricos Diogo d'Ávila, Lda. e contra o Direito», decisões judiciais, um despacho ministerial e peças forenses apresentadas, em nome da fábrica, pelo advogado Adelino da Palma Carlos, 1957, pág. 64.

⁽¹⁰⁸⁾ «Inutilidade prática da Instrução Contraditória», alegações de recurso, *Jornal do Foro*, 1963, pág. 30 e 31.

«Outras anomalias encontrarão V. Exas. nos autos em estudo, mas as que referimos são já suficientes para denunciar o clima em que decorreram as investigações, porventura produto de um convencimento sincero que teriam tido os investigadores, na ânsia da descoberta de uma verdade através do meio mais cómodo: o da confissão» (bastonário ÂNGELO DE ALMEIDA RIBEIRO) ⁽¹⁰⁹⁾.

g) *Na década de setenta*

«Digamo-lo de outro modo, para se ser juiz não basta ter figura de juiz; é preciso que se tenha alma de juiz! (FRANCISCO SALGADO ZENHA)⁽¹¹⁰⁾.

«A vida mostra-nos, a cada passo, que o juiz domina soberanamente o julgamento, concedendo, como «dominus», à acusação e à defesa a liberdade de acção que os seus conhecimentos da lei e do caso, e a sua particular maneira de ser, entendem necessária e suficiente; tudo quanto vai para além daquilo que o Juiz conhece e compreende é matéria impertinente, quando não habilidade da defesa» (SIDÓNIO RITO) ⁽¹¹¹⁾.

66. O propósito da breve antologia que antecede não é, como se compreende, o de ilustrar nenhum tratado de boas-maneyras ou de etiqueta judiciárias.

Não é possível catalogar tais regras em forma de breviário, ou de prontuário para uso corrente.

⁽¹⁰⁹⁾ «Revisão de sentença em crime de fogo-posto», peças de um processo, 1963, *Jornal do Foro*, separata, pág. 21.

⁽¹¹⁰⁾ «O caso da herança Sommer. Quem é o Réu?, alegação para a Relação e algumas peças do processo», 1971, pág. 33.

⁽¹¹¹⁾ Manuel João da Palma Carlos, «O caso da herança de Sommer. Perigo e honra de ser Advogado», alegação para a Relação e algumas peças do processo, 1971, pág. 51.

E esse manual não existe, porque são precisamente as exigência da causa e o temperamento do Advogado que governam ou comandam a expressão linguística caso a caso; o resto é, naturalmente, com o talento e o bom-senso de cada um.

Mas viu-se que, com o látego de Camilo (Bustorff Silva, Abranches-Ferrão) ou a ironia de Eça (Mário de Castro, Salgado Zenha), com o ácido de Fialho (Cunha e Costa, Azeredo Perdigão) ou a palmatória de Herculano (Adelino da Palma Carlos, Sidónio Rito), e até com o ponteiro de Garrett (Acácio Furtado, Almeida Ribeiro) —, a corda da indignação do Advogado vibra sempre com a mesma intensidade.

III — CONCLUSÕES

67. Já se deixou perceber que a liberdade de expressão do Advogado nos Tribunais não é uma matéria que se preste a generalizações fáceis; todavia, também não é questão que perca em pôr-se em termos conclusivos, em obediência ao regime jurídico aplicável — e à luz dos ensinamentos da sociolinguística e da psicologia judiciária.

É altura de tentar essa síntese.

68. A primeira conclusão a extrair é a de que, na defesa da causa que lhe está confiada, o Advogado goza de *absoluta liberdade de expressão* nos tribunais.

É uma regra que assenta no preceituado no n.º 5 do art. 154.º do Código de Processo Civil, e que tem:

- a) como *fundamento*, a natureza mesma da actividade do Advogado;
- b) como *pressuposto*, o de as expressões do Advogado serem necessárias à defesa da causa — no sentido de lhe serem úteis, de lhe não serem estranhas;
- c) o *alcance* de se aplicar a todas as espécies de jurisdições e de excluir a aplicação de qualquer medida — policial, criminal, disciplinar, civil, ou outra — contra o Advogado.

69. Tratando-se de *expressões alheias à causa* — no sentido de serem inúteis à defesa dela —, cumpre distinguir:

- a) ou foram proferidas com «animus injuriandi vel diffamandi»;
- b) ou não foram proferidas com o ânimo de ofender.

70. Neste último caso — isto é, *se não houve o propósito de desconsiderar* —, abrem-se três possibilidades:

- a) no *plano processual*, e tratando-se de diligência judicial, o Advogado está sujeito às medidas de polícia da audiência (extensivas a outros actos judiciais, realizados fora do tribunal) previstas no art. 154.º n.º 1 do Código de Processo Civil — no caso de as expressões serem desrespeitosas —, e no art. 326.º do Código de Processo Penal, aqui com o acréscimo das «explicações ou comentários» manifestamente irrelevantes para a decisão da causa. Essas medidas de polícia são diferentes, conforme se trata de expressões escritas ou orais: se forem escritas, o juiz poderá mandá-las riscar (no que não há nenhuma inconstitucionalidade); se forem orais, o Advogado prevaricante será, primeiro — e sempre — advertido pelo juiz «*com urbanidade*» (é a expressão da lei), e só depois lhe poderá ser retirada a palavra;
- b) no *plano disciplinar*, a responsabilidade do Advogado depende de ter utilizado expressões que não sejam urbanas para com os demais intervenientes processuais, e, tratando-se do Juiz, que não sejam respeitadas em relação a ele (arts. 89.º e 87.º n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados, respectivamente);
- c) no *plano civil*, o Advogado poderá responder nos termos do preceituado no art. 484.º do Código Civil, se se verificarem os respectivos pressupostos (incluindo o do dano reparável).

71. Tratando-se, por fim, de *expressões proferidas com «animus injuriandi vel diffamandi»*, está o Advogado sujeito a ser

perseguido criminalmente, em conformidade com o disposto nos arts. 164.º e 175.º do Código Penal.

Neste caso, e como se sustentou oportunamente, deve entender-se:

- a) que há que fazer a prova da vontade de injuriar ou de difamar — isto é, do ânimo de ofender, ou dolo específico;
- b) que essa prova incumbe à acusação, já pelos princípios gerais do processo penal, já porque o arguido deve beneficiar da presunção de que se conduziu «animus defendendi».

72. Chegados aqui, talvez fosse ainda de dar uma palavra sobre os critérios que devem nortear o julgador — em jurisdição disciplinar ou criminal — quando tenha de apreciar os excessos de linguagem cometidos por Advogado.

Isso se não faz, porém, porque tais critérios são geralmente sabidos.

Sabe-se, por exemplo, que contra o Advogado, e em tais circunstâncias, milita o facto de ele conhecer — ou dever conhecer — a linguagem que utiliza.

Nesse aspecto, e na base da conhecida distinção entre lingua e fala (FERDINAND DE SAUSSURE), ou entre competência (*compétence*) e execução (*performance*), NOAM CHOMSKY — isto é, saber linguístico, por um lado, e manifestação concreta desse saber em cada um dos actos da fala —, é de creditar ao Advogado uma aptidão firme, uma idoneidade segura, para conhecer e dominar a linguagem que emprega.

O Advogado tem, na verdade — ou deve ter — preparação académica e formação profissional bastantes para conhecer *exactamente* o significado daquilo que escreve ou daquilo que diz.

Esse pressuposto joga, evidentemente, contra ele.

Todavia, é sabido também que a *emoção processual* — quantas vezes, autêntica *paixão* — arrasta a grandes e irreprimíveis movimentos da alma, introduzindo elementos de perturbação no raciocínio e no discurso judiciais.

É quase sempre assim que se desvia a linguagem dos Advogados; a causa alucina, desvaira — porque é enorme a afeição que os Advogados têm por ela.

Essa qualidade — a de se entusiasmarem com as causas que defendem —, os Advogados têm; por isso é que — e porque sabem perfeitamente que «variam os feitios das criaturas e é maior ou menor a susceptibilidade de cada qual» (BARBOSA DE MAGALHÃES) —, em regra os Juizes manifestam compreensão face aos desmandos de linguagem dos Advogados, absolvendo-os desse excessos.

É, ao mesmo tempo, um acto de simpatia e de homenagem; e a Advocacia merece uma e outra.