

O DIREITO A FAZER-SE ACOMPANHAR POR ADVOGADO

(Art. 20.º, n.º 2, da CRP)

Parecer do Conselho Geral de 7 de Julho de 2000

Relator: Prof. Doutor Germano Marques da Silva

Sumário:

Introdução — 1. A aplicação directa dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias — 2. Aplicabilidade directa do direito a acompanhamento por advogado. — 3. O direito a acompanhamento por advogado e o segredo de justiça. — Conclusão.

Introdução

Tem sido objecto de muita controvérsia a aplicação directa do direito ao acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade, consagrado pelo art. 20.º, n.º 2, da Constituição da República, sobretudo no domínio do processo penal e especialmente no que respeita ao acompanhamento das testemunhas nas fases em que o processo se encontre ainda em segredo de justiça, nas fases do inquérito e da instrução.

Este estudo tem o propósito de contribuir para o debate e esclarecimento da questão e, superando o conflito, para o aprofundamento do respeito dos direitos fundamentais que a Constituição consagra.

Argumenta-se geralmente com a incompatibilidade da assistência do advogado à testemunha e o segredo de justiça e com a falta de regulamentação sobre o patrocínio simultâneo das testemunhas, do arguido ou do assistente. Parecem-nos infundados os argumentos, fruto apenas da resistência às mudanças, mesmo daquelas ou sobretudo daquelas, como foi esta, em que se aprofundam os direitos dos cidadãos no confronto com as autoridades, visando prevenir eventuais abusos.

1. A aplicação directa dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias

São hoje jurisprudência e doutrina constantes que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis, por força do disposto no art. 18.º, n.º 2, da Constituição ⁽¹⁾.

Importa distinguir apenas consoante os preceitos sejam ou não exequíveis por si mesmos. *Se a norma constitucional for exequível por si mesma, o sentido específico do art. 18.º, n.º 1, consistirá na possibilidade imediata de invocação dos direitos por força da Constituição, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. Caso contrário, se a norma não for exequível por si mesma, o sentido do art. 18.º, n.º 1, será a adstrição do legislador a editar as medidas legislativas para dar cumprimento à Constituição* ⁽²⁾.

O n.º 2 do art. 20.º da Constituição parece, porém, conter uma ressalva, indiciando que se trata de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas ⁽³⁾, mas não nos parece que assim seja em toda a sua extensão.

⁽¹⁾ Por todos, cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 311 ss; J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 144 ss.

⁽²⁾ Jorge Miranda, *ob. cit.*, p. 313.

⁽³⁾ *Idem*, p. 316 : «Fórmulas como «nos termos da lei» (aliás, em número bastante reduzido na Constituição de 1976) ou equivalentes apenas podem indiciar que se trata de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas».

O n.º 2 do art. 20.º necessita de regulamentação (nos termos da lei) na medida em que prevê actividades por parte do Estado e é necessário regulamentar os termos em que essas prestações serão prestadas. Será o caso da garantia do patrocínio judiciário, do direito a obter informação e consulta jurídica. Também enquanto o preceito constitucional consagra o direito da assistência por advogado perante qualquer autoridade pode necessitar de regulamentação em termos de assegurar o efectivo exercício deste direito por todos os cidadãos, enquanto prestação a cargo do Estado, mas não necessariamente na parte em que a norma é exequível por si mesma, enquanto apenas trata do *direito à abstenção* do Estado, caso em que o direito pode ser exercido sem necessidade de intervenção legislativa prévia (4).

2. Aplicabilidade directa do direito a acompanhamento por advogado

I. O n.º 2 do art. 20.º da CRP dispõe que *todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.*

Evidentemente que a norma em causa, enquanto reconhece ou atribui os direitos à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário não é exequível por si mesma. Importa regulamentar os termos em que há-de ser assegurada a efectiva fruição desses direitos, mas não assim necessariamente no que respeita ao direito de *fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.*

É questão diversa a da aplicação directa do direito a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade e a garantia de concretização prática deste direito por conjugação com os restantes direitos referidos no n.º 2 do art. 20.º, quer no que respeita à materialização do direito ao acompanhamento, quando o

(4) José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 257.

cidadão não possa contratar advogado, quer ao dever de informação sobre a existência do direito por parte das autoridades ⁽⁵⁾.

Enquanto, porém, não for necessário regulamentar qualquer prestação por parte do Estado para tornar efectivo o direito de assistência jurídica que se traduza no acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade, isto é, enquanto se exigir do Estado apenas a abstenção, que não impeça o exercício do direito que a Constituição reconhece ou atribui, a parte final do n.º 2 do art. 20.º é de aplicação imediata, o que também nada tem que ver com eventuais limitações legais do seu âmbito, ditadas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

II. É evidente que a lei pode e deve regulamentar o direito ao acompanhamento por advogado, mais não seja para garantir o seu efectivo exercício por todos, mas não só não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do preceito constitucional como deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Ou seja, a norma do art. 20.º, n.º 2, da CRP deve ser regulamentada para garantir a sua efectiva aplicação e pode ser regulamentada em termos de condicionar o seu exercício para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como é, v.g., o caso do segredo de justiça, mas enquanto essa regulamentação não ocorrer nem por isso o preceito é inexecutável por si mesmo, pois contém uma dimensão correspondente ao seu conteúdo essencial que pode ser exercida sem necessidade de intervenção legislativa já que apenas exige dos poderes públicos uma abstenção.

O conteúdo essencial do direito está plenamente definido na parte final do n.º 2 do art. 20.º pelo que a sua eventual regulamentação não pode em caso algum diminuir aquele conteúdo; pode apenas condicionar os termos do seu exercício em ordem à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

⁽⁵⁾ Cf. Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL, Lisboa, p. 100.

3. O direito a acompanhamento por advogado e o segredo de justiça

I. É sobretudo no domínio do processo penal que se tem suscitado a existência de eventuais limitações ao direito ao acompanhamento por advogado. Tem sido questionado se, estando o processo em segredo de justiça, pode a testemunha fazer-se acompanhar por advogado perante as autoridades judiciais, atendendo a que também a protecção do segredo de justiça é um interesse constitucionalmente protegido (art. 20.º, n.º 3). A lei processual penal não contém qualquer norma limitativa do direito constitucionalmente atribuído à assistência de advogado, seja qual for a fase do processo, mesmo encontrando-se o processo em segredo de justiça.

Com efeito, o n.º 4 do art. 86.º do CPP apenas dispõe que o segredo de justiça implica as proibições de «assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir» e «divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação».

É manifesto que o n.º 4 do art. 86.º não impede que qualquer pessoa que deva praticar acto processual perante qualquer autoridade processual se faça acompanhar por advogado. Se a pessoa pratica acto processual perante autoridade processual e o acto lhe diz respeito (v.g., porque é testemunha) não é aplicável a al. a) do n.º 4 do art. 86.º do CPP, pois este normativo apenas se refere aos actos a que o interveniente processual não tenha o direito ou o dever de assistir e não aos actos em que a sua própria participação é da essência do acto.

Questão diversa é o dever que recai sobre todas as pessoas, nomeadamente sobre o advogado, a guardar segredo, não divulgando a ocorrência do acto ou dos seus termos, mas esse dever, além de directamente imposto pelo art. 86.º do CPP, resulta reforçado para o advogado pelo dever de segredo profissional e pela proibição de discussão pública de questões profissionais (arts. 81.º e 82.º do EOA).

II. O direito a fazer-se acompanhar por advogado em qualquer fase do processo penal, e particularmente na fase do inquérito e nos actos a praticar perante os órgãos de polícia criminal, é de

extrema importância para a garantia de outros direitos processuais das pessoas. Assim, por exemplo, de pouco valem os direitos ao silêncio (arts. 132.º, n.º 2 e 134.º do CPP) e o direito à constituição como arguido (art. 59.º do CPP) se a pessoa inquirida como testemunha não for suficientemente esclarecida sobre esses direitos e aconselhada quanto ao procedimento a adoptar. Acresce que a violação de regras de procedimento é as mais das vezes sancionada com a mera irregularidade do acto, irregularidade que fica sanada se não for arguida no próprio acto e para tanto importa o conhecimento da irregularidade e do modo de proceder para a sua arguição. O direito a fazer-se acompanhar por advogado visa precisamente assegurar ou garantir o efectivo exercício de outros direitos.

Conclusão

1. Não existe qualquer disposição na lei processual penal que condicione a directa aplicação do direito de todo o cidadão a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade, consagrado na parte final do n.º 2 do art. 20.º da CRP.
2. Admite-se que a lei possa estabelecer limitações para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, nomeadamente no domínio das incompatibilidades do advogado, mas na ausência de lei que regule o exercício daquele direito, deve considerar-se que a parte final do n.º 2 do art. 20.º da CRP é de aplicação directa, enquanto não implica qualquer prestação positiva por parte do Estado, nomeadamente o direito de assistência judiciária, mas tão-só a sua abstenção.
3. Torna-se necessária a regulamentação do n.º 2 do art. 20.º da CRP para assegurar a tutela material do direito do cidadão a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

Lisboa, 7 de Julho de 2000.