

PARECER

1. Consulta

O Bastonário da Ordem dos Advogados solicita-me um parecer sobre a conformidade constitucional da intervenção de advogados estagiários no serviço público de apoio judiciário, designadamente em processo penal.

Contrariando o regime de há muito vigente, o novo regulamento da Ordem dos Advogados (doravante OA) relativo à «*Organização e funcionamento do sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados*» (Regulamento nº 330-A/2008, de 24 de Junho, disponível no *website* da OA) excluiu os advogados estagiários da intervenção no apoio judiciário (salvo naturalmente no acompanhamento das diligências efectuadas pelos seus patronos).

De facto, o artigo 12º da Portaria nº 10/2008, de 3 de Janeiro, na redacção dada pelo Portaria nº 210/2008, de 29 de Fevereiro, remete para a Ordem dos Advogados a definição dos termos em que os advogados estagiários podem participar no sistema público de acesso ao direito, para além da sua colaboração nos actos e diligências atribuídos aos seus patronos.

E foi no uso desta credencial que o referido Regulamento da OA veio admitir a intervenção autónoma dos advogados estagiários no sistema público de acesso ao direito ("convencionado" com a Ordem dos Advogados) apenas nas tarefas de consulta jurídica (art. 4º-2), excluindo-a em actos ou diligências processuais, salvo em apoio dos seus patronos, nos actos e diligências atribuídos a estes (art. 2º-3).

Sucede, porém, que o art. 189º do Estatuto da Ordem dos Advogados, relativo à competência dos advogados estagiários, estabelece o seguinte:

Artigo 189.º

Competência dos advogados estagiários

1 - Uma vez obtida a cédula profissional como advogado estagiário, este pode autonomamente, mas sempre sob orientação do patrono, praticar os seguintes actos profissionais:

- a) Todos os actos da competência dos solicitadores;*
- b) Exercer a advocacia em processos penais da competência do tribunal singular e em processos não penais quando o respectivo valor caiba na alçada da primeira instância;*
- c) Exercer a advocacia em processo da competência dos tribunais de menores e em processos de divórcio por mútuo consentimento;*
- d) Exercer a consulta jurídica.*

2 - Pode ainda o advogado estagiário praticar actos próprios da advocacia em todos os demais processos, independentemente da sua natureza e do seu valor, desde que efectivamente acompanhado de advogado que assegure a tutela do seu tirocínio, seja o seu patrono ou o seu patrono formador.

3 - O advogado estagiário deve indicar, em qualquer acto em que intervenha, apenas e sempre esta sua qualidade profissional.

Por conseguinte, este preceito, ainda que possa não abranger necessariamente o sistema público de apoio judiciário, admite expressamente o exercício do patrocínio judiciário por advogados estagiários, autonomamente (ou seja, independentemente do seu patrono), incluindo em certos processos penais.

Acresce que, em relação precisamente à assistência judiciária, o art. 41º da Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais (Lei nº 34º/2004, de 29 de Julho, com a redacção da Lei nº 47/2007) prevê a intervenção de advogados estagiários - e não somente de advogados - no mecanismo de apoio judiciário em processo penal, incluindo no primeiro interrogatório de arguido detido, na audiência de julgamento em processo sumário e noutras diligências urgentes previstas no CPP.

Do que se trata é de saber se uma tal possibilidade de apoio judiciário por meio de advogados estagiários, prevista no Estatuto da OA e na Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, é conforme à Constituição, pelo menos quando ocorra em processo penal. O problema consiste, portanto, em averiguar se é constitucionalmente justificado, ou mesmo constitucionalmente imposto, o afastamento dos advogados estagiários dos mecanismos de "apoio judiciário" - ou seja, da assistência assegurada pelo Estado a quem não dispõe de meios económicos para escolher e remunerar advogado para assegurar a sua protecção nos tribunais ("*situação de insuficiência económica*", no termos da lei) -, designadamente no âmbito do processo penal.

2. Fundamentação

2.1. O recorte constitucional do *direito a advogado*

Para responder à questão colocada importa começar por conhecer em que termos a Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) concede a todos, e em especial aos economicamente carenciados, um *direito a advogado*¹.

O ponto de partida é, necessariamente, o disposto no do art. 20º-2 da CRP, onde se lê

«2. 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».

Vem esta regra explicitar o *direito de acesso ao direito e aos tribunais*, reconhecido e garantido no nº 1 do mesmo preceito constitucional, enquanto *direito à assistência jurídica*. Trata-se, no entanto, de um direito complexo², cujo objecto abarca vários elementos, como o

¹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., 1º vol., Coimbra Editora, 2007, p. 412.

² Cfr. Acórdão n.º 661/94, de 14 de Dezembro de 1994, do Tribunal Constitucional, onde se lê que "O art. 20.º da Constituição reconhece vários direitos que, embora conexos, são distintos (...),

*direito à informação jurídica, o direito à consulta jurídica, o direito à protecção judiciária, e o direito de assistência por advogado nas diligências perante qualquer autoridade pública, e não apenas nos tribunais*³.

Interessa-nos, nesta sede, focar com mais intensidade o direito ao patrocínio judiciário e o (inerente) direito a acompanhamento por advogado, os quais, além do conteúdo fixado nos citados preceitos, necessitam ainda que ser conjugados com várias outras normas constitucionais, referentes tanto à obrigatoriedade de defensor em processo penal como ao âmbito do mandato forense.

a) O direito à protecção judiciária e ao acompanhamento por advogado.

O direito à protecção judiciária consiste no direito de se fazer assistir por apoio profissional nos procedimentos judiciais ("patrocínio judiciário" em sentido estrito). Este direito tem sido entendido como um elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, já que esse acesso só se realizará plenamente desde que os direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão possam ser defendidos (também) por quem esteja tecnicamente e profissionalmente apto a fazê-lo, só assim se assegurando *"uma defesa cabal das suas posições jurídicas subjectivas"*⁴.

Ora, sendo indiscutível que o direito à protecção judiciária exige conformação legal, tal não significa que o mesmo não contenha suficiente densificação constitucional para delimitar o seu núcleo essencial insuperável, de modo a impor-se ao legislador.

Em primeiro lugar, o direito ao patrocínio judiciário inclui o direito a ser assistido por um **profissional tecnicamente qualificado**. E quem é esse profissional? É a própria Constituição que o identifica: o **advogado**. É assim que se prevê no próprio art. 20º-2 da CRP quanto ao direito a acompanhamento, e depois conexamente em outros preceitos sobre os quais nos debruçaremos adiante.

Em segundo lugar, o direito ao patrocínio judiciário inclui ainda, na sua configuração constitucional, o **direito a escolher o advogado**. O beneficiário do direito não está obrigado a constituir advogado, com excepção dos casos em que a lei (com expressa habilitação

direitos esses, todos eles, componentes de um direito geral à protecção jurídica, constituindo, cada um, um elemento essencial da própria ideia de Estado de Direito."

³ A Lei Fundamental fala em "qualquer autoridade", sem mais. Mas parece evidente que só podem estar em causa as *autoridades públicas* – e não outras, como as autoridades civis ou religiosas, por exemplo –, o que todavia não exclui as entidades privadas legalmente dotadas de poderes públicos. Cfr. sobre estas PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005. Por outro lado, o texto do preceito constitucional apenas refere o direito de se fazer *«acompanhar por advogado»*. Mas parece evidente que o acompanhamento tem de incluir o direito ao aconselhamento e à intervenção do advogado.

constitucional) o impõe, como adiante se verá. Mas tanto num caso (por livre opção) como no outro (por imposição), sempre lhe cabe o direito de eleição, não podendo este ser coarctado pela lei para além de casos justificados.

Por fim, o direito ao patrocínio judiciário inclui a sua **garantia em situações de debilidade económica**. Sendo um direito conferido a todos, o preceito constitucional contém um comando dirigido ao legislador no sentido de assegurar o patrocínio oficioso, a cargo do Estado, a quem demonstre ser economicamente carenciado. Não se trata, no entanto, de estabelecer a *gratuidade do sistema de justiça*⁵, já que se admite que ele tenha um custo económico, a suportar pelos seus utentes, mas sim de proibir o legislador de transformar as taxas do serviço de justiça num obstáculo ao acesso à justiça, aqui na vertente de acesso a patrocínio judiciário, por quem as não possa pagar. A gratuitidade só está disponível para que não tenha meios, sendo os encargos do patrocínio assegurados pelo Estado, mesmo que não seja o Estado a organizar directamente o serviço público de protecção jurídica.

Em suma, a Constituição não dispensa a "igualdade de armas" no acesso ao direito e à justiça, muito menos perante os tribunais, de tal modo que aqueles que necessitam de apoio judiciário não podem ver a sua protecção jurídica diminuída em consequência da sua situação económica. Por isso, a "assistência judiciária" que o Estado garante através de recursos públicos não pode servir para uma defesa de segunda ordem para pobres, mas sim para assegurar uma **protecção de igual qualidade e dignidade** que a dos cidadãos que podem remunerar advogados da sua escolha. O direito a assistência judiciária não passa, portanto, de uma garantia do **direito a igual protecção judiciária**.

Já no que concerne ao direito a acompanhamento por advogado (CRP, art. 20º-2, *in fine*), é inquestionável que, à cabeça de todas as autoridades perante as quais todos têm direito de se fazer acompanhar por advogado estão naturalmente as **autoridades judiciais**. Esse direito de acompanhamento (e de apoio) por advogado também não pode depender dos meios económicos de cada um, de tal modo que quem tenha dinheiro possa escolher o seu advogado e quem não dispõe de meios tem de se contentar com um advogado estagiário que lhe seja nomeado para o efeito.

Também o direito ao acompanhamento por advogado perante as autoridades tem sido entendido como um *"elemento da própria ideia de Estado de Direito democrático, pois não*

⁴ Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1º vol., 2005, p. 178.

⁵ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Ob. cit.*, p. 411.

*pode conceber-se uma tal ideia sem que todos os cidadãos tenham conhecimento dos seus direitos, o apoio jurídico de que careçam e o acesso aos tribunais quando precisem (...)*⁶.

Por tudo isto, ambos estes direitos têm igualmente sido considerados como direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, para efeitos de aplicação do art. 18.º da CRP, como melhor adiante se verá.

b) O direito a defensor em Processo Penal.

Como antecipámos atrás, o direito ao advogado, na vertente do direito ao patrocínio judiciário, encontra ainda expressa previsão constitucional no art. 32º-3 da CRP, relativo às «*garantias do processo penal*», onde se dispõe:

«3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência de advogado é obrigatória».

Estamos perante um dos princípios materiais do processo criminal, conformadores da denominada "constituição processual criminal". Com efeito, a ligação entre Constituição e processo penal é especialmente intensa, ao ponto de comumente se apelidar este último de "*direito constitucional aplicado*"⁷.

O art. 32.º da CRP estabelece, antes de mais, um princípio geral de garantia no processo penal: o de que este assegurará *todas as garantias de defesa* (nº 1). Trata-se da garantia de um *due process of law*, de um processo justo e equitativo, que assegure adequada defesa a quem esteja envolvido num processo penal. E de uma garantia que não se esgota nas específicas regras que a própria Constituição estabelece, devendo prevalecer em todos os momentos, seja perante a realidade de uma situação de vida, ou como guia interpretativo de normas ou decisões (*in dubio pro reo*). Como refere a doutrina, "*os direitos a uma ampla e efectiva defesa não respeitam apenas à decisão final, mas a todas as que impliquem restrições de direitos ou possam condicionar a solução definitiva do caso*"⁸.

Voltando à norma do n.º 3 do art. 32.º da CRP, este importante preceito estabelece, por um lado, um **direito a defensor** (o direito de escolher defensor e ser por ele assistido em todo o processo) e, por outro lado, uma **obrigação de advogado** (a obrigação de se fazer assistir por advogado em certos actos ou fases do processo, a definir por lei). O direito do arguido em ser assistido por um defensor desempenha a *dimensão formal* do direito de

⁶ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *O Direito a não estar só ou o Direito a acompanhamento por advogado*, in AAVV, *Os 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, p. 147.

⁷ Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 353.

⁸ Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 354.

defesa, arcando a responsabilidade de ser um *instrumento processual indispensável* para garantir a sua *substância*⁹.

Certo é que, se não o direito, pelo menos a obrigação constitucional de advogado necessita de interposição legislativa. Mas do texto constitucional pode logo retirar-se que, quanto ao direito ao defensor, este corresponde, em princípio, ao direito a ser defendido **por advogado**. E quanto aos casos de assistência obrigatória, em processo penal, a Constituição não deixa dúvidas de que se trata de assistência por **advogado**, estando naturalmente excluídas outras pessoas, incluindo os estagiários de advocacia.

Por outro lado, a Constituição também deixa para a lei a definição dos casos e das fases do processo penal em que a assistência por advogado é obrigatória (e melhor os veremos adiante). Mas pode desde já afirmar-se ser evidente que a lei não goza de total discricionariedade neste ponto. Devem estar incluídos nessa "obrigação de advogado" todos os casos e todas as fases em que esteja em causa a liberdade, a acusação e a condenação penal das pessoas, independentemente de esta incluir a privação de liberdade. Seria impensável dispensar o advogado na audiência subsequente à detenção ou prisão preventiva de alguém (porque está em causa a liberdade) ou na audiência de julgamento, em qualquer tipo de processo penal (em que estão em causa a condenação, ou não, dos arguidos)¹⁰.

Por conseguinte, o direito - e, sendo caso disso, a obrigação - de ser assistido por advogado constitui uma das principais «*garantias de defesa*» em processo penal, a que se refere o n.º 1 do art. 32º da CRP. A dispensa de advogado nesses casos traduz-se numa flagrante violação dessa garantia constitucional.

c) O exercício da advocacia na Constituição.

Finalmente, no sentido do advogado como único sujeito da efectivação do direito ao patrocínio judiciário, especialmente no processo criminal, é relevante constatar que a Constituição só reconhece o papel dos advogados, e não dos estagiários de advocacia, na protecção jurídica, em especial no patrocínio judiciário e no processo penal.

Com efeito, o art. 208º da CRP, relativo ao mandato forense, refere que:

⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 49/86.

¹⁰ Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, in ob. cit. p. 357, alertando para a mudança operada com a 4ª revisão constitucional, e em sentido um tudo-nada distinto do defendido por nós quanto ao defensor, não hesitam em afirmar que “do texto constitucional resulta que o defensor pode não ser advogado, mas há casos, que a lei necessariamente especificará, em que essa assistência só pode ser confiada a advogados e serão aqueles em que assistência técnico-jurídica se mostre necessária para uma defesa efectiva, como, v. g. o interrogatório judicial para a aplicação de medida de coacção, a audiência de julgamento e os recursos.”

«A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça».

Trata-se aqui uma imposição constitucional de *reserva de advogado* para a prática de determinados actos, justificada por exigências diversas relativas à deontologia e à disciplina profissional com vista ao adequado funcionamento das instâncias judiciais e, portanto, do próprio exercício, tanto do direito à justiça, como da função judicial¹¹.

O disposto no art. 208.º CRP, como é evidente, tem desenvolvimentos em diversos preceitos legais, mas retira-se a confirmação do princípio da exclusividade do papel do advogado pela leitura do art. 6.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais¹², onde se estabelece:

Os advogados participam na administração da justiça, competindo-lhes, de forma exclusiva e com as excepções previstas na lei, exercer o patrocínio das partes.

Por conseguinte, na Constituição o patrocínio forense é missão própria dos advogados e não de outros agentes, incluindo os estagiários de advocacia. Já a norma legal admite excepções à exclusividade do patrocínio forense pelos advogados, mas estas, sendo excepcionais, têm de ser justificadas - desde logo porque restringem o alcance de uma garantia constitucional - e não podem obviamente sobrepor-se aos casos de "obrigação de advogado" estabelecidas pela própria Constituição.

2.2. A densificação legal do direito fundamental ao advogado.

Todos os preceitos constitucionais atrás citados apontam para a interposição legislativa na concretização do seu conteúdo, em alguns casos explicitamente prevista (CRP, art. 32º-3). No entanto, tratando-se de um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias, é importante ter em conta que uma tal densificação legislativa está sujeita a determinadas regras constitucionais.

Com efeito, a Constituição revela de modo claro e expressivo uma contraposição de regime entre dois tipos de direitos fundamentais. Tal é, aliás, facilmente comprovado pela análise do artigo 18º da CRP, que define um regime específico para a categoria dos *direitos, liberdades e garantias*, regime esse que não é estendido a todos os direitos fundamentais, mas tão só, como refere o artigo 17º da CRP, aos direitos fundamentais referidos no título II da Parte I da CRP, bem como aos "*direitos de natureza análoga*". Desta forma, na Constituição

¹¹ Cfr. Acórdão n.º 326/97, do Tribunal Constitucional, proferido no processo 664/95.

¹² Cfr. Lei 3/99, de 13 de Janeiro.

há que distinguir entre os direitos, liberdades e garantias e direitos análogos, por um lado, e os restantes direitos, os denominados direitos económicos, sociais e culturais, por outro lado.

À primeira vista dir-se-ia que a distinção é a que resulta da própria sistematização da primeira parte da Constituição - aquela que o legislador constitucional logo estabeleceu agrupar no Título II os Direitos, Liberdades e Garantias, e no Título III os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. As coisas passam-se tendencialmente assim, mas é importante chamar a atenção para o facto de o referido regime constitucional ser também aplicável aos direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Daqui decorre a possibilidade de o mesmo ser aplicado a outros direitos constantes de outros lugares da Constituição, desde logo os direitos presentes no título III, bem como a direitos apenas legislativamente reconhecidos ou a direitos enunciados em instrumentos de direito internacional público¹³.

Quanto ao preceituado no artigo 17º da Constituição, ao estender o regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais de natureza análoga, interessa encontrar um critério que nos permita identificar estes direitos.

Sendo uma matéria de difícil definição, *“o máximo onde se poderá porventura ir é que beneficiarão em princípio do regime específico dos direitos, liberdades e garantias os restantes direitos fundamentais que se apresentem como direitos negativos (como direitos a abstenções do Estado) ou como direitos dos trabalhadores a acções ou prestações concretas e determinadas; e que não beneficiarão desse regime os que consistam e na medida em que consistem exclusivamente em direitos genéricos a prestações ou acções do Estado”*^{14 15}.

Respeitando este critério ou outro aproximando, têm a doutrina e jurisprudência, de forma praticamente unânime, considerado direitos fundamentais de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, precisamente o direito de acesso ao direito e aos tribunais (art. 20º), entre muitos outros previstos na Constituição¹⁶.

Que consequências decorrem então da qualificação do *direito ao advogado* enquanto direito análogo aos "direitos, liberdades e garantias"?

¹³ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, referindo-se a esta problemática, questiona-se sobre o rigor da delimitação feita pelo texto constitucional: *“(...) não se percebe por que razão a liberdade de iniciativa privada e o direito de propriedade não se encontram no título dos direitos, liberdades e garantias”*, concluindo, porém, que *“talvez esse rigor fosse exigência demasiada ao texto constitucional.”* – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª Edição, 2001, pág. 179.

¹⁴ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada* 3ª Edição, 1993, anotação ao art. 17º CRP.

¹⁵ VIEIRA DE ANDRADE adianta um outro critério, afirmando que a analogia deve respeitar cumulativamente dois elementos: *“tratar-se de uma posição subjectiva individual ou de uma garantia que possa ser referida de modo imediato e essencial à ideia de dignidade da pessoa humana, isto é, que integre a matéria constitucional dos direitos fundamentais; e poder essa posição subjectiva ou garantia ser determinada a um nível que deva ser considerado materialmente constitucional.”* – Cfr. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª Edição, 2001, 193.

Ora, as características que, de forma evidente, sobressaem do regime jurídico-constitucional dos direitos, liberdades e garantias e demais direitos de natureza análoga, são desde logo as que constam do art. 18º da CRP:

“1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

A primeira regra constitucional é a da **aplicação ou eficácia directa dos preceitos constitucionais**, salvo se e na medida em que a própria Constituição remeta, expressa ou implicitamente, a sua implementação para a lei, caso em que a Constituição impõe uma verdadeira incumbência legislativa de efectivação dos direitos fundamentais em causa, quando e na medida em que eles não sejam directamente exequíveis (sob pena de inconstitucionalidade por omissão).

Em segundo lugar, o regime dos direitos, liberdades e garantias não exclui de todo a possibilidade de o exercício destes direitos sofrer restrições por via legislativa. Simplesmente, a Constituição submete essas restrições a diversos e severos requisitos (na expressão de GOMES CANOTILHO seriam *“os limites dos limites”*¹⁷) de índole material e formal, plasmados no art. 18º-2 e 3, *supra* citados.

Os pressupostos materiais de cuja verificação (cumulativa) depende a validade de uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias são essencialmente quatro:

- (a) necessidade de autorização constitucional expressa para a restrição;
- (b) necessidade de salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido;
- (c) propriedade, exigibilidade e proporcionalidade da restrição - princípio da proibição do excesso;
- (d) proibição absoluta de violação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias.

Além dos requisitos de índole material referidos, a validade de uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias depende ainda de outros três requisitos, agora relativos ao carácter da própria lei: (a) revestir a forma de lei formal - deve ser uma lei da Assembleia da

¹⁶ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV*, Coimbra Editora, 3ª Edição, pág. 141 e ss., que apresenta um elenco alargado; e também, VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 194.

¹⁷ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 3º Edição, pág. 423.

República ou um decreto-lei autorizado; (b) generalidade e abstracção da lei restritiva; (c) a lei restritiva não pode produzir efeitos retroactivos¹⁸.

Definidas as regras, quais são então as normas legais conformadoras do direito fundamental ao advogado, nos termos constitucionalmente estabelecidos?

Identificamos três fontes legislativas imediatas de concretização do direito ao patrocínio judiciário e do direito a advogado: os artigos 61.º e ss. do Código de Processo Penal, o art. 41.º da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, e o art. 189º do Estatuto da Ordem dos Advogados.¹⁹ Vejamos o seu conteúdo e a sua conformidade à Constituição.

a) O direito a defensor no Código de Processo Penal.

Apesar de almejarem a densificação legal do disposto no art. 32.º da CRP quanto às garantias de defesa, e só indirectamente do disposto no art. 20.º-2 quanto ao patrocínio judiciário, face à raiz da questão colocada - participação de advogados estagiários no apoio judiciário em processo penal -, entendemos ser conveniente começar por analisar os preceitos pertinentes do Código de Processo Penal.

Com alta relevância para a consulta, estabelece o art. 61.º do CPP que:

" O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e, salvas as excepções da lei, dos direitos de:

(...)

e) Constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor;

f) Ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele;"

Estabelece ainda o art. 62.º do CPP, sob a epígrafe «Defensor» que:

"1 - O arguido pode constituir advogado em qualquer altura do processo"

Por fim, estabelece o art. 64.º, sob a epígrafe «Obrigatoriedade de assistência», que:

"1 - É obrigatória a assistência do defensor:

a) Nos interrogatórios de arguido detido ou preso;

b) No debate instrutório e na audiência, salvo tratando-se de processo que não possa dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento;

c) Em qualquer acto processual, à excepção da constituição de arguido, sempre que o arguido for cego, surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída;

¹⁸ As referidas regras constitucionais relativas à restrição de direitos, liberdades e garantias valem, *mutatis mutandis*, para as leis de concretização de direitos fundamentais que careçam de intermediação legislativa, por não serem "auto-exequíveis".

¹⁹ Cfr. respectivamente, Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, na redacção conferida pela Lei n.º 48/2007, de 28 de Agosto, Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, e Lei n.º 15/2005, de 26 de Setembro de 2005.

- d) Nos recursos ordinários ou extraordinários;
- e) Nos casos a que se referem os artigos 271.º e 294.º;
- f) Na audiência de julgamento realizada na ausência do arguido;
- g) Nos demais casos que a lei determinar.

2 - Fora dos casos previstos no número anterior pode ser nomeado defensor ao arguido, a pedido do tribunal ou do arguido, sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou a conveniência de o arguido ser assistido.

3 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, se o arguido não tiver advogado constituído nem defensor nomeado, é obrigatória a nomeação de defensor quando contra ele for deduzida a acusação, devendo a identificação do defensor constar do despacho de encerramento do inquérito."

Os preceitos transcritos parecem representar uma correcta densificação dos comandos constitucionais contidos do art. 32.º-3 da CRP, respeitando a habilitação constitucional expressamente concedida. Com efeito, o direito a escolher defensor e a ser assistido por este em todos os actos do processo estão bem explícitos, assim como foram definidos os casos em que assistência por advogado é obrigatória.

Importa, no entanto, esclarecer alguns aspectos que poderão suscitar dúvidas.

Em primeiro lugar, parece fundamental definir a fronteira entre as noções de *defensor* e de *advogado*. Salvo melhor opinião, a utilização dos conceitos de defensor e advogado no Código de Processo Penal, na sua actual redacção, é feita de forma tendencialmente indistinta²⁰.

Com efeito, tal como a Constituição também o CPP refere que o arguido tem direito a escolher «*defensor*». Ora, é certo que aqui *defensor* tem que ser entendido como o *advogado*. Em primeiro lugar, é isso que decorre do próprio art. 62.º do CPP, que sob a epígrafe «*Defensor*», reconhece no nº 1 o direito de constituição (que presume a escolha) de «*advogado*», sem nenhuma qualificação ou excepção. Mesmo que a noção de "defensor" pudesse abarcar não advogados, a verdade é que os interessados podem sempre escolher advogado. A admitir-se, a escolha de outro defensor só pode ocorrer nos casos excepcionais previstos na lei.

Por outro lado, o art. 64.º do CPP é claramente o preenchimento da habilitação contida na parte final do art. 32.º-3 da CRP, ou seja, a definição dos casos em que a *assistência por advogado é obrigatória*, não podendo aqui haver substituição por outro tipo de defensor. Embora, o art. 64.º da lei processual penal enuncie os casos em que é *obrigatória a assistência de «defensor»* (n.º 1), a verdade é que este só pode ser um

²⁰ Nesse sentido, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA que, embora não o afirmando expressamente, identifica o defensor como *elemento essencial à administração da justiça*, remetendo para a expressão contida no art. 208.º da CRP que, como vimos, diz apenas e só respeito aos advogados – *Curso de Processo Penal, Volume I*, Editorial Verbo, 4ª Edição, p. 307.

advogado, como decorre do precedente art. 62.º. Não pode certamente entender-se que, constituído advogado, a sua assistência nos actos previstos nas alíneas do art. 64.º-1 do CPP está dispensada. O mesmo se passa com a previsão da al. f) do art. 64.º-1: nunca a mesma poderia ser interpretada no sentido de o arguido apenas ter direito a ser assistido por outro defensor que não um advogado. Não foi certamente essa a intenção do legislador, nem o poderia ser, face ao comando da Lei Fundamental.

Daí que, em nosso entender, quando a CRP e o CPP se referem a *defensor* este reconduz-se, em princípio, à condição de *advogado*. Todavia, mesmo que se possa ter outro entendimento - admitindo que os interessados pudessem em geral escolher outro defensor da sua escolha, prescindindo de advogado -, seguramente assim não é sempre que a lei cumpra o mandato constitucional de definição dos casos de assistência obrigatória por advogado. Ou seja, ainda que se admitisse, contra a Constituição e a lei, que o direito a advogado é renunciável, podendo ser substituído por outro "defensor" (incluindo um advogado estagiário), seguramente tal estará excluído nos casos constitucionalmente impostos de obrigação de advogado.

Note-se, em abono do rigor, que nem sempre foi assim no plano legal.

As anteriores redacções do CPP, designadamente do mesmo art. 62.º, expressamente previam o papel do advogado estagiário enquanto defensor nomeado pelo tribunal. Aliás, iam até bem mais longe, permitindo a absurda possibilidade de, em situações excepcionais, de urgência ou impossibilidade de nomeação de advogado ou advogado estagiário, poder ser nomeada outra «*pessoa idónea*», preferencialmente licenciada em direito, para assistir o arguido²¹. Tal hipótese esteve primeiro implicitamente abarcada na redacção original do CPP (em que constava a expressão «de preferência advogado estagiário»²²) e foi concretizada expressamente com a Lei n.º 59/98, de 15 de Agosto. Contudo, rapidamente foi revogada pelo art. 56º da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de Dezembro²³.

²¹ Sobre esta descabida opção, veja-se o Acórdão n.º 59/99 do Tribunal Constitucional de 2 de Fevereiro de 1999, que, embora com avisados votos de vencido, acabou por legitimar a possibilidade, ali respeitante à substituição de defensor prevista no n.º 1 do art. 67.º CCP, de o arguido se ver representado por "pessoa idónea", no caso, um funcionário judicial. Não se pode, porém, sufragar esta infeliz decisão do Tribunal, aliás "tirada" por escassa maioria. Como pertinentemente se argumentou numa das declarações de voto de vencido, «*só em casos excepcionais e urgentes – e para actos em que seja de todo imprevisível a suscitação de questões de direito – se possa admitir que a nomeação de defensor ao arguido recaia em quem não seja advogado: só estes, na verdade, sendo possuidores de conhecimentos jurídicos, se encontram submetidos a um estatuto profissional que garante a respectiva isenção na prática de actos forenses*».

²² Cfr. Sobre o juízo de preferência consagrado nesta primeira hipótese veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1990, *in* Colectânea de Jurisprudência, XV, Tomo I, 23.

²³ Primeira versão da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, posteriormente substituída pela actual Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho.

No entanto, tais hipóteses, hoje inexistentes, sempre haveriam de se considerar normas restritivas do conteúdo essencial do direito a advogado consagrado pelo art. 20.º-2, art. 32.º-3 e art. 208.º da CRP, e por isso inconstitucionais, por violação daqueles comandos e do art. 18.º da CRP. Aliás, tal será igualmente o resultado de uma interpretação desconforme à Constituição dos art. 62.º e ss. do CPP, ou seja, de uma interpretação que admita a outros que não os advogados o papel de defensor nos casos de "obrigação de advogado" previstos naqueles artigos.

Em todo o caso, na sua actual redacção, os referidos preceitos do CPP em nada afrontam o direito a advogado constitucionalmente reconhecido nem a obrigação de advogado constitucionalmente imposta, podendo sem dificuldade ser interpretados de modo plenamente conforme com a Constituição.

b) A Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais e o Estatuto da Ordem dos Advogados.

A questão colocada no presente Parecer decorre directamente do disposto quer no art. 41.º da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, quer do art. 189.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA).

Em qualquer dos casos trata-se de normas que visam regular o direito fundamental a advogado que atrás delimitámos, para o que, como também avançámos, dispõem de expressa habilitação constitucional (embora não ilimitada). Cabe também notar que em ambos os casos trata-se de normas inseridas em leis emanadas no exercício da competência legislativa da Assembleia da República, pelo que também nada há apontar com referência à reserva legislativa prevista na al. b) do art. 165.º-1 da CRP.

Qualquer das sobreditas normas admite a possibilidade de intervenção de advogados estagiários em casos que a Constituição (e, como defendemos, o Código de Processo Penal) reservam aos advogados. No entanto, enquanto o disposto no art. 189.º do EOA pode ser alvo de interpretação conforme à Constituição, o disposto no referido preceito da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais parece de mais difícil conciliação.

Diz este, no seu n.º 1:

1. A nomeação de defensor para assistência ao primeiro interrogatório de arguido detido, para audiência em processo sumário ou para outras diligências urgentes previstas no Código de Processo Penal processa-se nos termos do artigo 39.º, devendo ser organizadas escalas de prevenção de advogados e advogados estagiários para esse efeito, em termos a definir na portaria referida no n.º 2 do artigo 45.

Ora, não é constitucionalmente aceitável o disposto no transcrito artigo, entendido como permitindo a nomeação de advogados estagiários, desacompanhados dos seus patronos, às "escalas de prevenção" para assistência judiciária justamente em casos de intervenção

obrigatória de advogado por força da Constituição, designadamente o primeiro interrogatório do arguido e a audiência de julgamento em processo penal.

O mesmo se dirá de uma interpretação no mesmo sentido do art. 189.º do EOA, que confere competência genérica aos advogados estagiários para «*exercer a advocacia em processos penais da competência do tribunal singular*», se não se excluírem os actos que constitucionalmente devem estar sujeitos a "obrigação de advogado".

Ora, tanto num caso como no outro, tal interpretação choca frontalmente com a Constituição, por três razões.

Primeiro, afronta a "*obrigação de advogado*" estabelecida no referido artigo 32º-3 da Constituição, com consagração legal nos arts. 62.º e 64º do CPP, visto que os referidos actos processuais (previstos na Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais) não podem deixar de se contar entre os que a lei tem de submeter (e submete) à "reserva de advogado".

Com efeito, a reserva de advogado naqueles actos processuais penais em que esteja em causa a liberdade, a acusação, a defesa e a condenação penal das pessoas, independentemente de esta incluir ou não a privação de liberdade, não pode deixar de se incluir no **núcleo essencial do direito fundamental ao advogado**, pelo que a restrição desse direito é inconstitucional.

Em segundo lugar, os mesmos preceitos legais infringem o referido direito de todos ao acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade (CRP, art. 20º-2), a começar naturalmente pelas autoridades judiciais. Como vimos, o direito ao acompanhamento por advogado perante as autoridades judiciais é igualmente integrante do núcleo essencial do direito fundamental ao advogado, estando por isso também a coberto de qualquer lei concretizadora/restritiva.

Finalmente, e de uma importância fulcral, uma interpretação daqueles preceitos no sentido da admissibilidade de advogados estagiários no patrocínio oficioso em actos processuais penais em que estejam em causa a liberdade, a acusação, a defesa ou a condenação de beneficiários de assistência judiciária será inconstitucional por violação flagrante da **igualdade na protecção jurídica**, independentemente dos meios económicos (CRP, art. 20º-2 conjugado com o art. 13º).

Na verdade, a assistência judiciária não pode ser um meio fácil de remunerar os advogados estagiários à custa da qualidade da defesa daqueles que necessitam do apoio do Estado para beneficiarem de patrocínio judiciário

Ainda que se entenda razoável que os advogados estagiários exerçam funções de consulta jurídica, que apoiem os seus patronos nos actos e diligências judiciárias da competência desses, e até que pratiquem, por livre escolha dos interessados, outros actos próprios dos advogados, sem natureza judiciária (ou até com natureza judiciária, numa

interpretação mais complacente), já não é aceitável que eles pratiquem actos próprios dos advogados em missões oficiosas de apoio judiciário, especialmente em matéria de processo penal, destinadas a assegurar tal apoio às pessoas em condições de insuficiência económica.

Todos têm **direito a advogado efectivo**, independentemente da sua condição económica. Poderá eventualmente admitir-se que em certos casos os interessados possam prescindir de advogado e escolher livremente outro defensor; mas não é lícito admitir que essa "troca" seja oficiosamente feita em relação a quem não tem meios para escolher e suportar os encargos do seu defensor, tendo de recorrer ao patrocínio oficioso. Que sentido faz que os estagiários da profissão, que ainda não cumpriram o tirocínio previsto para o acesso à profissão, e podem nem o fazer, - por abandono do estágio ou por reprovação no exame de acesso à advocacia -, possam ser chamados ou admitidos a legitimar com a sua presença por exemplo a prisão preventiva de alguém ou a sua condenação em processo penal, sem terem o saber, a autoridade e a independência que só um advogado pode ter e que a própria Constituição reconhece?

Os advogados estagiários não são advogados, mas sim aprendizes de advogados. Estão em formação para virem a ser advogados, mas ainda não o são. Nem sequer têm **nenhuma garantia de que o virão a ser**, visto que o seu acesso à condição de advogado depende do aproveitamento no termo do estágio e de um exame de agregação no final do estágio²⁴.

Não podem, por isso, ser postos à disposição daqueles que necessitam de apoio judiciário oficioso, como se em pé de igualdade estivessem com os advogados.

2.3. A questão da liberdade de profissão.

Numa análise superficial poderia dizer-se que a previsão do art. 2.º do Regulamento nº 330-A/2008, de 24 de Junho da Ordem dos Advogados, ao afastar os advogados estagiários do serviço público de patrocínio judiciário destinado às pessoas com insuficiência económica, introduz uma restrição do direito à livre escolha e exercício de profissão daqueles. Será um argumento impertinente, mas não deve deixar de ser desmontado.

O direito à livre escolha de profissão está constitucionalmente garantido no art. 47º-1 da CRP. Aí se diz, sob a epígrafe "*Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública*":

"1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade."

²⁴ Aliás, cujas taxas de reprovação no exame de agregação são hoje significativas.

O direito de livre escolha de profissão está intimamente conexas com a liberdade de trabalho, incorporando designadamente a dimensão que proíbe alguém de ser impedido de exercer a sua profissão, desde que possua todos os necessários requisitos para o seu exercício²⁵.

O âmbito do art.º 47º-1 da CRP prevê a liberdade de escolher (e de exercer) qualquer profissão privada, desde que naturalmente não esteja sob *publica reservatio*. É este o conteúdo do direito subjectivo de que é titular cada cidadão face ao Estado - e a que corresponde um dever de abstenção por parte do mesmo Estado no estabelecimento de obstáculos à fruição daquele direito. Essa protecção respeita, concretamente, a um *"interesse específico num determinado bem (numa determinada coisa, conduta ou utilidade da vida)"*²⁶.

Porém, são admissíveis restrições legais à liberdade de escolha de profissão, e por maioria de razão à liberdade de exercício. É a própria Constituição que o prevê. Não sendo um direito absoluto, serão admitidas restrições sempre que se tornem necessárias e adequadas para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos.²⁷

Podemos sistematizar três níveis de restrição da liberdade de profissão, *"correspondentes a três graus de crescente gravidade da restrição e também, portanto, de crescente grau de justificação constitucional: (a) restrições ao simples exercício de profissão -, grau menos grave e de menos exigente justificação; (b) restrições ao acesso à profissão por motivo de requisitos subjectivos (v.g. a obtenção de grau académico) -, mais grave e portanto de maior exigência em termos de adequação e proporcionalidade; (c) restrições ao acesso, por motivos objectivos independentes das pessoas (v. g. numerus clausus) -, em princípio inadmissível."*

Na verdade, pode a lei fazer depender o acesso a uma actividade profissional da posse de determinados requisitos -, concretamente, da verificação de pressupostos subjectivos (todos os que em maior ou menor grau possam depender apenas da pessoa do candidato), da sua vontade, da sua capacidade, etc. Serão esses os casos de exigência de uma prévia qualificação académica para o acesso à profissão, ou seja, da aquisição de determinados

²⁵ Também JORGE MIRANDA acopla expressamente a liberdade de profissão e de trabalho, considerando que a mesma compreende "positivamente, a liberdade de escolha e de exercício de qualquer género ou modo de trabalho que não seja considerado ilícito pela lei penal – possua ou não esse trabalho carácter profissional, seja típico ou atípico, permanente, temporário ou sazonal, seja independente ou subordinado, esteja estatutariamente definido ou não". Cfr. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 3ª Edição, p. 499

²⁶ Cfr. M. ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO C. GONÇALVES & J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, v. I, Coimbra, 1994, p. 332.

²⁷ Cfr., o nosso, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2003, p. 468.

conhecimentos, de uma formação escolar apropriada, devidamente comprovada e titulada, por poder constituir um perigo para a comunidade o exercício dessa profissão sem a qualificação exigida. É o que acontece geralmente com as chamadas profissões intelectuais privadas protegidas. Protegidas, porque a lei determina a *incidência profissional* da respectiva habilitação académica, reservando o seu exercício a quem possua título académico adequado, afastando todos os demais, sob pena de responsabilidade criminal²⁸.

A lei pode ir ainda mais longe, estipulando outros requisitos adicionais, como os que derivam da organização colegial de uma profissão, organizada corporativamente em Ordem, com poderes de regulação e disciplina profissional, por delegação do Estado²⁹. Aqui a habilitação académica ganha outro sentido, em que a sua falta ou vício é facto impeditivo do exercício de determinada profissão, mas a sua existência é apenas pressuposto ou premissa desse exercício³⁰, exigindo-se outros requisitos a jusante.

É esse o caso do exercício profissional da advocacia, que está organizada colegialmente sob a tutela da Ordem dos Advogados.

Uma das restrições consagradas ao livre exercício da profissão é a necessidade de inscrição na respectiva Ordem e a submissão à sua disciplina. E essa inscrição, precisamente, está condicionada à submissão dos candidatos a um período de estágio e à aprovação de exames intercalares e de um outro exame final. Esta é a restrição legalmente prevista à entrada na profissão e ao exercício da profissão de advocacia, que é não é constitucionalmente inválida, na medida em que constitui um requisito necessário e proporcionada à garantia da competência e da independência no exercício da profissão.

Não existe nenhuma restrição ao exercício da profissão na proibição - aliás decorrente da própria Constituição, como vimos - de os advogados estagiários (e que portanto, ainda não acederam à profissão) praticarem actos reservados apenas aos advogados. Não há qualquer ablação do direito ao livre exercício da profissão dos advogados estagiários, não só porque a proibição decorre directamente da Constituição (no exercício de conciliação entre direitos fundamentais) mas também porque os advogados estagiários ainda não preencheram os requisitos (constitucionalmente admitidos e legalmente impostos) de acesso à profissão³¹.

²⁸ Cfr. art. 358º do Código Penal.

²⁹ Cfr. Regime das Associações Públicas Profissionais, aprovado pela Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro.

³⁰ O grau de importância desse pressuposto é que varia consoante a perspectiva escolhida. Por parte das Ordens e Câmaras Profissionais, é um pressuposto que precede outros estabelecidos à entrada. Por nós entendemo-lo como pressuposto quase exclusivo, reservando para as organizações colegiais meras funções de organização, sem legitimidade para colocar outros entraves no acesso à profissão que não estejam previstos na lei.

³¹ Cfr. n.º 1 do art. 61.º do EOA, onde se pode ler que “*Sem prejuízo do disposto no artigo 198.º, só os licenciados em Direito com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional, praticar actos próprios da advocacia, nos termos definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto.*”.

Não se trata de restrição ao exercício da profissão, pela simples razão de que os estagiários ainda não exercem a profissão. Como candidatos, têm constitucionalmente protegido o seu direito de acesso à profissão, contra exigências excessivas ou arbitrárias. Mas não podem reclamar protecção constitucional para um direito que só adquirirão com o acesso à profissão.

Por tudo o que vai exposto, a ilegitimidade dos estagiários de advocacia para actos de assistência judiciária, nos termos acima referidos, é de todo justificada, e mesmo necessária. Assim, não pode ser assacada qualquer inconstitucionalidade à norma do Regulamento nº 330-A/2008, de 24 de Junho da Ordem dos Advogados que afasta os advogados estagiários do cumprimento de assistência judiciária, com excepção da consulta jurídica. E só lhe pode ser assacado um vício de ilegalidade na medida em que nem o art. 41.º da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, nem o art. 189º do Estatuto da Ordem dos Advogados, possam ser interpretados em conformidade com Constituição.

Nesse caso, não resta alternativa que não a de concluir pela inconstitucionalidade daqueles preceitos legais, por violação dos art. 20.º-2, 32.º- 3 e 208.º da CRP, em conjugação com os arts. 13.º e 18.º da mesma CRP.

2.4. A questão da protecção da confiança

Importa também despistar um outro argumento que costuma ser invocado nestas circunstâncias, a saber, o princípio da protecção da confiança, que a doutrina e a jurisprudência constitucional consideram uma componente incontornável do princípio do Estado de direito democrático (art. 2º da CRP).

De facto, poderia eventualmente argumentar-se que a cessação imediata da competência dos advogados estagiários para participar no serviço público de patrocínio judiciário (vulgo, "patrocínio officioso"), incluindo em todos os actos do processo penal, implica uma violação das suas expectativas legitimamente fundadas, quer em termos de formação profissional, que em termos de fonte de rendimentos.

Todavia, é manifesto que na situação concreta não estão preenchidos, longe disso, os exigentes requisitos do princípio da protecção da confiança, a saber, (i) a existência de uma expectativa legitimamente fundada na permanência da protecção jurídica de certo interesse digno de protecção e (ii) a verificação de uma violação inadmissível, arbitrária ou intolerável dessa mesma expectativa.

Recorrendo a um dos muitos acórdãos do Tribunal Constitucional que versam tal princípio, entende-se que o mesmo *"garante inequivocamente um mínimo de certeza e segurança das pessoas quanto aos direitos e expectativas criados no desenvolvimento das relações jurídicas, podendo afirmar-se que, com base em tal princípio, não é consentida uma*

normação tal que afecte de forma inadmissível, intolerável, arbitrária ou desproporcionadamente onerosa aqueles mínimos de segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar» (AcTC nº 1011/96).

Apesar de o princípio da protecção da confiança não estar explicitamente previsto na Constituição, a doutrina e a jurisprudência convergem em considerar que ele decorre do **princípio do Estado de Direito**, na medida em que este protege a segurança jurídica dos particulares contra as intervenções inesperadas do Estado - ou outros titulares de poder público - que afectem indevidamente os interesses daqueles e valoriza a relação de confiança dos cidadãos contra a imprevisibilidade da acção estadual, quando lesiva de interesses dignos de protecção.

Do que se trata é de limitar as acções do Estado que afectem de modo arbitrário ou excessivo situações com cuja estabilidade os particulares podiam razoavelmente contar. De acordo com esta lógica, haverá violação do princípio da protecção da confiança quando se verificar que há **lesão inadmissível, arbitrária ou demasiado onerosa de expectativas legitimamente fundadas quanto à salvaguarda de determinadas posições ou situações jurídicas**. Não bastará que as medidas atentem contra expectativas legitimamente fundadas, sendo também necessário que elas sejam inadmissíveis quanto à sua aceitabilidade, arbitrárias quanto ao seu sentido, ou intoleráveis quanto aos seus efeitos.

Como é bom de ver, o princípio da protecção da confiança visa uma garantia adicional em relação às específicas proibições constitucionais de retroactividade das leis (por exemplo em matéria penal ou fiscal) e de proibição de lesão de direitos adquiridos. Mas supõe sempre um prejuízo não despiciendo para interesses dignos de protecção e uma alteração inesperada dos dados com que os particulares podiam legitimamente contar.

Importa saber se estes pressupostos se verificam quanto à norma em causa, na medida em que ela veio "expropriar" os advogados estagiários de uma actividade remunerada com que podiam contar durante o estágio, que muitas vezes não é remunerado e outras tantas é muito mal remunerado. Resta saber se a expectativa na permanência do regime era legítima e era realmente fundada e se, além disso, a revogação é em si mesma inadmissível, arbitrária ou intolerável, tendo em conta a sua razão de ser e o seu alcance.

Ora tal não é o caso. A esperança na manutenção do anterior regime nem era digna de protecção nem era fundada, antes pelo contrário. Antes de mais, e decisivamente, **não se tratava de uma expectativa legítima**, como se viu. Não se pode fundar uma pretensão de protecção da confiança em relação a uma situação que começa por ser inconstitucional.

Mesmo que não se considere como pressuposto necessário da figura da violação do princípio da protecção da confiança a violação de um direito adquirido, como parece decorrer do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/92 (sobre um caso de despejo), há-de pelo

menos exigir-se a lesão de um forte interesse legítimo de alguém. Ora, a verdade é que neste caso o interesse invocável é tudo menos merecedor de protecção, por ser inconstitucional.

Em segundo lugar, mesmo que a expectativa não fosse ilegítima, como era, ela era tudo menos segura. Era notório, desde logo, que o anterior regime já estava há muito tempo sob ataque da comunidade jurídica e da opinião pública, sendo frequentes as denúncias acerca da qualidade e da fiabilidade das defesas "oficiosas". Acresce que a revisão do CPP, revogando a expressa menção a "advogados estagiários" que constava de versões anteriores, só podia ser de molde a questionar a estabilidade da solução até agora vigente quanto ao patrocínio oficioso por advogados estagiários. Por último, como se viu, desde há muito que a doutrina constitucional vinha defendendo a "reserva de advogado", pelo menos em relação aos casos de "obrigação de advogado" constitucionalmente impostos em processo penal (CRP, art. 32º-3).

Resumindo, há sólidas razões para sustentar que no caso concreto não se verifica o primeiro dos requisitos que subjazem ao princípio da protecção da confiança. Por um lado, não se tratava de uma expectativa legítima, visto que assentava numa situação inconstitucional. Por outro lado, é tudo menos convincente que se possa dizer nesta circunstância que estamos perante *«uma mutação na ordem jurídica com que os destinatários das normas dela constantes não possa contar»*, como disse o Tribunal Constitucional no AcTC nº 99/99. Pelo contrário, se havia algo que não podiam dar por assente e inabalável era justamente a situação de que ilegitimamente desfrutavam.

Seja como for, mesmo que existisse uma forte expectativa digna de protecção, tampouco a alegada lesão dessas expectativas se apresenta como inadmissível, arbitrária ou intoleravelmente onerosa.

Não se trata de uma medida inadmissível, desde logo pelo seu propósito virtuoso de fazer prevalecer a legalidade constitucional em matéria de direito ao patrocínio judiciário, especialmente em situações de "assistência judiciária" às pessoas em situação de insuficiência económica. A lesão das, aliás infundadas, expectativas dos interessados justifica-se além disto pela necessidade de salvaguardar direitos e interesses constitucionalmente protegidos de outrem, aliás de elevado valor, como é o direito de todos à defesa por advogado, especialmente em processo penal, em condições de igualdade.

Nas palavras do Tribunal Constitucional:

A "ideia geral de inadmissibilidade" deverá ser aferida pelo recurso a dois critérios:

"a) Afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda

b) Quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se

prevalentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18º da Constituição desde a 1ª revisão)».
[AcTC n.º 287/90]

Nenhum desses dois critérios tem aqui cabimento. Como se viu, nem os interessados podiam excluir a probabilidade da referida mudança, nem se verifica a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos dos interessados que devessem prevalecer sobre aqueles que a norma em causa visou proteger. O contrário é que é verdade.

Em segundo lugar, também não há nada de arbitrário na medida em causa. A delimitação da situação normativa é perfeitamente objectiva e os propósitos da norma não são apenas bem justificados, mas mesmo virtuosos. A nova solução faz todo o sentido e é inteiramente consistente com os princípios constitucionais em matéria de patrocínio judiciário. Tudo isso é o contrário da arbitrariedade.

Por último, ao revogar o regime vigente até agora, a norma em causa também não pode considerar-se intolerável. Desde logo, se é certo que o novo regime pode prejudicar os que estão interessados na manutenção no regime anterior, a verdade é que não se trata de um prejuízo excessivamente oneroso, pelo menos quando comparado com os ganhos quer para os beneficiários do novo regime quer para a colectividade, em termos de "balanço social". Se os interessados perdem algo de valioso em termos materiais, os beneficiários do patrocínio judiciário por advogado ganham muito mais, em termos de segurança e de defesa, especialmente em processo penal³². E com eles ganha também a colectividade, em termos de **realização do Estado de direito material**, no que respeita à garantia de um efectivo e universal direito à protecção jurídica, em condições de igualdade.

Por conseguinte, é de rejeitar globalmente a arguição da violação do princípio da protecção da confiança.

3. Conclusões

1. O direito de acesso ao direito e aos tribunais, reconhecido e garantido no nº 1 do art. 20.º da CRP, é um direito complexo, cujo objecto abarca várias elementos, como o direito à informação jurídica, o direito à consulta jurídica, o direito à protecção judiciária, e o direito de assistência por advogado nas diligências perante qualquer autoridade pública, e não apenas nos tribunais.

³² Também não é procedente o argumento de que sem a participação autónoma no sistema público de patrocínio judiciário os advogados estagiários deixariam de ter oportunidades de formação profissional. Primeiro, podem e devem assistir ou participar na actividade profissional dos seus próprios patronos; segundo, o regime de estágio pode e deve prever um número obrigatório de intervenções

2. O direito à protecção judiciária consiste no direito de se fazer assistir por apoio profissional nos procedimentos judiciais ("patrocínio judiciário" em sentido estrito).

3. O conteúdo essencial do direito de acesso ao direito e aos tribunais inclui o direito a ser assistido por advogado, enquanto único profissional tecnicamente habilitado, o direito a escolher advogado e a garantia de patrocínio oficioso por um advogado em casos de insuficiência económica.

4. A "assistência judiciária" que o Estado garante através de recursos públicos não pode servir para uma defesa de segunda ordem para pobres, mas sim para assegurar uma protecção de igual qualidade e dignidade que as dos cidadãos que podem dispor da assistência de advogados da sua escolha (direito a igual protecção judiciária).

5. O art. 32.º da CRP estabelece, antes de mais, um princípio geral de garantia no processo penal: o de que este assegurará *todas as garantias de defesa*, ou seja, a garantia de um *due process of law*, de um processo justo e equitativo, que assegure a devida defesa aos arguidos em processo penal.

6. Este importante preceito estabelece, por um lado, um direito a advogado (o direito de escolher defensor e ser por ele assistido em todo o processo) e, por outro lado, uma obrigação de advogado (a obrigação de se fazer assistir por advogado em certos actos ou fases do processo, a definir por lei).

7. Quanto aos casos e fases em que assistência por advogado é obrigatória, a lei não goza de total discricionariedade neste ponto, devendo estar incluídos nessa "obrigação de advogado" todos os casos e todas as fases em que esteja em causa a liberdade, a acusação e a condenação penal das pessoas, independentemente de esta incluir a privação de liberdade.

8. O art. 208.º da CRP impõe uma *reserva de advogado* na prática de determinados actos, justificada por exigências diversas relativas à deontologia e à disciplina profissional com vista ao adequado funcionamento das instâncias judiciais e, portanto, do próprio exercício, tanto do direito à justiça, como da função judicial, devendo pois concluir-se que o patrocínio forense é missão dos advogados e não dos estagiários de advocacia.

9. A doutrina e jurisprudência, de forma praticamente unânime, têm considerado o direito de acesso ao direito e aos tribunais (CRP, art. 20º) como um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

10. O regime dos direitos, liberdades e garantias não exclui de todo a possibilidade de o exercício destes direitos sofrer restrições por via legislativa, porém submete essas

processuais. O que está em causa é somente a proibição de intervenções processuais desacompanhadas, especialmente nos mais exigentes actos do processo penal.

restrições a diversos e severos requisitos, entre eles a proibição absoluta de violação do seu núcleo essencial.

11. Os arts. 61.º, 62.º e 63.º do CPP constituem uma correcta densificação dos comandos constitucionais contidos do art. 32.º-3 CRP, já que os direitos a escolher defensor e a ser assistido por este em todos os actos do processo estão bem explícitos, assim como foram definidos os casos em que assistência por advogado é obrigatória.

12. A utilização dos conceitos de "defensor" e "advogado", quer na Constituição, quer no Código de Processo Penal, na sua actual redacção, é feita de forma essencialmente indistinta.

13. Todavia, mesmo que se entenda que o direito à escolha de defensor não tem de recair necessariamente num advogado, tal não sucede desde logo quando se trata de actos que constitucionalmente estão cobertos pela **obrigação de advogado**, nos termos do art. 32.º-3, *in fine*, da CRP.

14. Uma interpretação desconforme à Constituição dos art. 61.º e ss. do CPP, ou seja, uma interpretação que admita a outros que não os advogados o papel de defensor nos casos previstos naqueles artigos conduzirá irremediavelmente à consideração daqueles preceitos como normas restritivas do conteúdo essencial do direito a advogado consagrado pelo art. 20.º-2, art. 32.º-3 e 208.º da CRP, e por isso inconstitucionais por violação daqueles comandos e do art. 18.º da CRP.

15. Deve igualmente ser considerado inconstitucional a possibilidade de o apoio judiciário no sistema público de acesso ao direito destinado a pessoas sem meios económicos ser assegurado por advogados estagiários, por violação do **direito a igual protecção jurídica**, no que respeita ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado (CRP, art. 20º-2)

16. Por conseguinte, deve ser considerado inconstitucional o preceito do art. 41º da Lei nº 34/2004, na parte em que admite a inclusão de advogados estagiários nas "*escalas de prevenção*" do sistema público de assistência jurídica, para actos e diligências urgentes na esfera do processo penal, pelo menos quando envolvam actos constitucionalmente sujeitos a "obrigação de advogado".

17. Deve também ser objecto de uma leitura restritiva, em termos de "interpretação conforme à Constituição", sob pena da sua inconstitucionalidade, o art. 189º do Estatuto da Ordem dos Advogados na parte em que admite a advocacia praticada por advogados estagiários, de modo a excluir as diligências processuais em sede de processo penal que constitucionalmente devem estar sujeitas a "obrigação de advogado", bem como as demais missões de apoio judiciário no âmbito do sistema público de assistência jurídica às pessoas em situação de dificuldade económica.

18. Isto porque uma interpretação contrária à Constituição afronta a "obrigação de advogado" estabelecida no artigo 32º-3 da Constituição, com consagração legal no art. 62.º do

CPP, visto que os referidos (na Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais) actos processuais não podem deixar de se contar entre os que a lei tem de submeter (e submete) à "reserva de advogado".

19. E ainda porque infringe o referido direito de todos ao acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade (CRP, art. 20º-2), a começar naturalmente pelas autoridades judiciais.

20. Finalmente, e de uma importância fulcral, uma interpretação daqueles preceitos no sentido da admissibilidade do advogado estagiário em patrocínio oficioso de actos processuais penais em que estejam em causa a liberdade, acusação ou condenação será inconstitucional por violação flagrante da igualdade na protecção jurídica, independentemente dos meios económicos (CRP, art. 13º e art. 20º-2).

21. Todos têm **direito a advogado efectivo**, independentemente da sua condição económica. Não faz nenhum sentido que os estagiários, que ainda não cumpriram o tirocínio previsto para o acesso à profissão, e podem nem o fazer, abandonando o estágio ou reprovando no exame de acesso à advocacia, possam legitimar com a sua presença por exemplo a prisão preventiva de alguém ou a sua condenação em processo penal, sem terem o **saber, a autoridade e a independência que só um advogado pode ter** e que a Constituição reconhece.

22. Não existe nenhuma restrição ao exercício da profissão de advogado a interdição de intervenção de advogados estagiários em certos actos do processo penal e, em geral, em actos de assistência judiciária. Uma das restrições legalmente estabelecidas ao livre exercício da profissão é a inscrição na respectiva Ordem, bem como a submissão dos candidatos a um período de estágio e à aprovação de exames intercalares e de um outro afinal.

23. A proibição de os advogados estagiários (e que, portanto, ainda não acederam à profissão) praticarem actos reservados apenas aos advogados, não constitui qualquer restrição do direito ao livre exercício da profissão daqueles, não só porque a proibição decorre da própria Constituição mas também porque os advogados estagiários ainda não preencheram os requisitos (constitucionalmente admitidos e legalmente impostos) de acesso à profissão.

24. Ainda que, no entanto, se pudesse considerar uma restrição à liberdade de profissão, a ilegitimidade dos estagiários de advocacia para actos de assistência judiciária, nos termos acima referidos, é de todo justificada, e mesmo necessária, para protecção do direito constitucional ao patrocínio judiciário, pelo que sempre estaria constitucionalmente justificada.

25. Por conseguinte, não pode ser assacada qualquer inconstitucionalidade à norma do Regulamento nº 330-A/2008, de 24 de Junho da Ordem dos Advogados que afasta os advogados estagiários do serviço público de assistência judiciária, com excepção da consulta jurídica.

26. Aliás, essa norma só pode ser considerada ilegal, por alegada afronta ao art. 41.º da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais e ao art. 189º do Estatuto da Ordem dos Advogados, se e na medida em que tais preceitos não possam ser interpretados em conformidade com a Constituição.

27. Nessa caso, porém, não resta alternativa que não a de concluir pela inconstitucionalidade daqueles preceitos legais, por violação dos arts. 20.º-2, 32.º-3 e 208.º da CRP, conjugados com os arts. 13.º e 18.º da CRP, desse modo salvaguardando a legalidade do regulamento em causa.

28. Por último, também não se verifica nenhuma violação do princípio constitucional da protecção da confiança, sendo manifesto que na situação concreta não estão preenchidos, longe disso, os exigentes requisitos de tal princípio, a saber, *(i)* a existência de uma expectativa legitimamente fundada na permanência da protecção jurídica de certo interesse digno de protecção e *(ii)* a verificação de uma violação inadmissível, arbitrária ou intolerável dessa mesma expectativa.

29. Com efeito, nem a expectativa na manutenção do "status quo" jurídico era legítima, visto que se tratava de um regime inconstitucional, nem a expectativa de permanência era fundada, uma vez que notoriamente controvertida, nem por último a lesão do interesses das pessoas afectadas pode considerar-se inadmissível, arbitrário ou intolerável.

30. Em suma, para além de constituir uma exigência constitucional no que respeita ao direito ao patrocínio judiciário, a norma que reserva o serviço de assistência judiciária para os advogados, excluindo os estagiários, não afronta nenhum outro direito ou princípio constitucional.

Tal é o meu parecer, *s.m.o.*

Coimbra, 24 de Julho de 2008

Vital Moreira