

UMA ILEGALIDADE INSTITUCIONALIZADA? (*)

por Fernando Araújo de Barros

Advogado no Porto

1. Razão justificativa da epígrafe.

Caíu-me sob os olhos, como imputável ao Prof. ANTUNES VARELA, afirmativa inserta em conceituoso discurso público: «O que no Ministério da Justiça especialmente incumbe, nesse bonto, como em toda a repressão civil ou penal do ilícito, é pugnar por que a administração da justiça se exerça dentro da estrita legalidade e que as leis ordinárias se não afastem, nos comandos que consagram, dos princípios superiormente definidos no Texto Constitucional, é garantir nomeadamente neste caso, a regra da instrução contraditória e a livre organização da defesa dos arguidos».

Este passo propõe-me a erguer um problema que, de certo modo, há muito, paira na primeira linha das minhas preocupações jurídicas no exercício do múnus profissional.

O princípio do contraditório projecta-se na criminalística de forma vigorosa, quando se encara a defesa dos arguidos em processo penal. Como influxo, na economia das leis atinentes, domina o preconceito de subtrair o acusado à situação de meio de prova. Quedamo-nos em estádio bem longínquo da *confessio regina probationum* de antanho.

O facto, que ERNESTO BELING destaca no seu *Derecho procesal penal* (trad. esp., «Labor» 1943, p. 232), encontra eco, entre outros, nos arts. 174 e 425, § 1.º do nosso Código de Processo Penal.

Daquela obra, a p. 108, reproduzo extracto eloquente:

A la concepción de que el individuo frente al Estado no es sino un cero, se opone la idea del valor propio y auténtico del individuo. Bien

(*) Comunicação ao Instituto da Conferência do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.

es verdad que el interés de la comunidad no debe sufrir menoscabo; por el contrario, ha de buscarse el equilibrio entre ambos intereses.

El inculpado posee derechos subjetivos de carácter público frente al Estado. Sus deberes procesales tienen límites fijados por la Ley, de modo que no tiene que soportar molestias procesales sin título legal. Si la Ley no concede expresamente una medida determinada al Estado, no la debe aplicar contra el inculpado.

La diferencia con los tiempos pasados se revela, sobre todo, en el hecho de que la Ley ha abolido todo deber del inculpado de declarar o confesar, derogando, en consecuencia, también toda clase de coacciones.

Como garantia básica do arguido, funciona, a meu ver, a assistência de advogado.

Ora, salvas raras excepções, a toda a hora os processos fornecem interrogatórios sem que mencionem a presença de defensor. Ilegalidade sem dúvida. Mas, dada a constância do fenómeno, erecta em instituição?

2. *O defensor, como entidade imprescindível em fases várias do processado. Lei e doutrina pacíficas.*

Os autos de *declarações* ou *perguntas*, contempladas no Código de Processo Penal, arts. 244 e 278, obrigam à presença de advogado constituído ou defensor officioso, que assistirá. Basta ler os inequívocos arts. 244, § 1.º e 279, 1.º trecho.

Nem se diga que o dec.-lei 35.007 (13-Outubro-1945), em reforma sistemática, revogou tais normativos: quer o art. 12, n. 2.º, quer o art. 49, conciliam-se, emprestam-lhes plena vigorância.

Na via doutrinária, o Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, em *Curso de processo penal*, I, p. 156 e 157, donde colho:

«A constituição de advogado de defesa é sempre permitida; pode ter lugar em qualquer processo penal, seja qual for a espécie ou gravidade do crime, e em qualquer altura do processo, incluindo portanto a instrução preparatória (C. P. Penal, art. 22, § 3.º e art. 49 do dec.-lei 35.007).

A assistência do defensor é sempre exigida, em qualquer processo, ou mesmo antes de efectivamente instaurado o processo, no caso de prisão do arguido.

Aliás, sempre que a lei imponha a comparência pessoal do arguido a qualquer acto do processo, pode ele fazer-se assistir de advogado (C. P. Penal, arts. 22, 203, § 2.º)».

Na mesma obra (II, p. 324):

«O primeiro interrogatório do arguido preso é sobretudo um acto de defesa, e a assistência do advogado é, por isso, de algum modo activa. Nos demais interrogatórios com finalidade de instrução do processo, aquela presença é tão somente uma garantia da liberdade das declarações».

Ainda no plano teórico, o Prof. EDUARDO CORREIA em *Processo Criminal*, p. 169:

«Pelo que, enquanto este interrogatório é feito pelo juiz (art. 21.º do decreto-lei 35.007) com assistência obrigatória do Ministério Público e do defensor do arguido (art. 279.º), aquele depoimento é recebido pelo Ministério Público e apenas se efectuará quando este o julgar conveniente (art. 244.º alterado pelo § 2.º do art. 12.º do decreto-lei 35.007)».

Alguns excertos, expressivos, de jurisprudência. Pareceres de juizes se alinham:

Dr. JOSÉ OSÓRIO, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 3, pág. 97:

«O arguido é, pois, ouvido como parte — parte, justamente no processo de confirmação da detenção — e, por isso mesmo, exige a lei a intervenção do defensor — integração necessária, no dizer de MASSARI, do princípio do contraditório que se quis realizar».

Dr. JOÃO PINHEIRO FARINHA, *Código de Processo Penal*, p. 222:

«É ilegal e viciosa, atentatória dos direitos da defesa e incompreensível a prática por vezes seguida de o M.º P.º, durante a instrução preparatória, ouvir o arguido sem a presença do seu advogado ou, na falta deste, do defensor oficioso para o acto nomeado».

Ibidem, p. 246:

«Ao ser perguntado, quer pelo juiz, quer pelo M.º P.º, deve o arguido ser sempre assistido de defensor constituído ou oficioso».

Dr. FRANCISCO VELOSO, *A intervenção do advogado na instrução preparatória*, p. 33:

«O arguido é, primeiro que tudo, fonte de prova, quando não é a principal fonte de prova».

Mas o § 2.º do art. 278.º do Código chama *perguntas ao arguido* a qualquer dos interrogatórios que se lhe façam. O princípio do contraditório subsiste para as declarações do arguido, no art. 244.º onde se exige a presença do defensor, e até se estabelece a possibilidade de o arguido ser preso, se faltar, no seu § 2.º».

3. O *arguido*, meio de prova. O princípio da legalidade. Um equívoco.

Na lei e doutrina surdem, coligados à actividade processual do *arguido*, certos vocábulos promiscuamente empregues, tais como: declarações, perguntas, interrogatório, depoimento.

Aos lugares precitados, cotejem-se: os arts. 244, 174 § único, 278, 279 no C. P. Penal; e o art. 12.º, § 2.º no dec.-lei 35.007; art. 21, no dec. 35.042.

Ensaiam-se esquemas técnicos a propósito. Assim, focando o art. 244.º, o Dr. SILVA ARAÚJO, *Código de Processo Penal actualizado*, p. 282:

«Trata-se de *depoimento do arguido*, diferente do seu interrogatório. Este é feito pelo juiz (art. 21.º do dec.-lei n.º 35.007), aquele pelo Ministério Público (art. 244.º em análise, alterado pelo § 2.º do art. 12 daquele decreto-lei)».

Donde se infere: o *arguido* assume dupla roupagem, na marcha do processo, ora como parte, ora como testemunha. Será autêntico sujeito de prova.

Por esta forma, constroem o Prof. EDUARDO CORREIA e Dr. JOSÉ OSÓRIO, que atrás refiro.

Doutrina similar aparece, em catedráticos processualistas. Destaco entre outros, BELING *Derecho procesal penal*, trad. esp., p. 232, e CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. esp., IV, p. 20).

Mas reputo exagero desconforme aos princípios sustentar que, na fase instrutória, o Ministério Público seja absoluto *dominus litis*, reduzindo o acusado a mero, exclusivo sujeito de prova, a quem se não reconhece qualquer poder jurídico na marcha do processado. (Cf. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 3, pág. 96).

Não se ladeie o imperativo disposto no dec.-lei 35.007, art. 13, § único, que se compagina à traça dos arts. 280 a 289 e 425, § 1.º no Código de Processo Penal.

Sobrevém que, como opina, em congresso, a Comissão Internacional de Juristas:

«Aucun accusé ne doit être obligé à témoigner contre lui-même.
Aucun accusé ni témoin ne peut être soumis à une contrainte physique

ou psychologique, y compris tout procédé portant atteinte à sa volonté ou à sa dignité d'homme». (*Le principe de la légalité dans une société libre*, Genève, 1959, p. 20.

Concedendo, embora, à figuração do arguido como prova pessoal, nem, por isso, arredo a contínua veste de acusado, com ínsitos direitos impostergáveis no estrito plano da legalidade.

Uma achega de ALEC MELLOR em *Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle*, p. 220:

«L'interrogatoire, en matière criminelle, n'a pas seulement été introduit chez nous pour faciliter la découverte du crime, mais encore pour favoriser la défense de l'accusé, en lui donnant un moyen de faire valoir les raisons qui peuvent servir à le justifier, moyen d'autant plus précieux pour lui que, jusqu'alors, toute la procédure criminelle s'est instruite à son insu».

Em análogo pendor coteje-se, atrás, BELING.

4. *Assistência do advogado como: A) Acto de defesa constitucional.*

Busco na *Revue Internationale de Police Criminelle* (Novembro 1960, p. 265):

«L'on considéra comme une particulière garantie des droits de l'homme la constitution d'un avocat près de l'accusé dès le début de l'instruction judiciaire».

Entre nós, em orgânica estadual, é imperioso o art. 8, ns. 8.º e 10.º, na Constituição Política, coibindo os atentados à liberdade pessoal e defesa, mesmo antes de culpa formada.

Em semelhante conjuntura, o advogado procede no sentido de evitar quanto seja inconveniente ao arguido, a quem a lei, tolera, até, que minta ou recuse responder.

Garantias estas só efectivas num quadro similar ao que traça DONNEDIEU DE VABRES em *A justiça penal de hoje* (trad. port. 2.ª ed. 1962) a p. 139 e 140:

Dentro das vinte e quatro horas posteriores à prisão, sob pena de rigorosas sanções, fixadas no novo artigo 93 do Código de instrução criminal, o acusado comparece diante do juiz. *Imediatamente é informado de que pode calar-se e reclamar a presença dum defensor. Este*

primeiro interrogatório refere-se apenas à identidade. *Depois*, os actos de instrução sucedem-se no gabinete do juiz, onde o segredo — um segredo bem precário! — é imposto pela lei. Agora, o Procurador da República não está sozinho com o magistrado instrutor. O advogado também lá está, presente aos interrogatórios e às confrontações, podendo comunicar livremente com o seu cliente. A incomunicabilidade, que não pode ir além de 20 dias, não é extensiva ao advogado. Vinte e quatro horas antes de qualquer interrogatório, este tem vista do processo. O juiz faz uma pergunta embaraçosa ao seu cliente? O advogado pode pedir a palavra e apresentar uma objecção. Evitará, assim, declarações comprometedoras»...

Mas será indúbia, líquida, de *lege lata*, a imprescindibilidade do advogado na fase instrutória?

De estrangeiros, tomo, a título de exemplo, o Prof. catalão, M. FENECH, p. 465, vol. I, *Derecho procesal penal*:

«Así, pues, como norma general, la intervención del abogado en el proceso penal es la misma del imputado como parte, ya estudiada al tratar de éste, ya que todos los actos procesales que realiza en calidad de parte necesitan la asistencia del defensor [...]».

«En cuanto a la intervención del abogado defensor en aquellos casos en que el imputado actúa en el proceso penal como medio de prueba, hay que considerar como norma general que puede ser asistido de su defensor».

Regresso à predita doutrina do Prof. EDUARDO CORREIA.

O insigne mestre biparte, em distintos conceitos, *interrogatório* e *depoimento* do arguido: aquele, pelo juiz, com assistência obrigatória do defensor; este, perante o Ministério Público quando o repute conveniente.

Contrapõe, dess'arte: por um lado os arts. 21, no dec.-lei 35.007, e 279 no Código (*sic*); por outro, o art. 244, *alterado* pelo art. 12, § 2.º.

Destaquei o vocábulo: *alterado*. Nele, a meu ver, reside vício afectivo da doutrina posta.

5. *Em parêntese: âmbito do dec.-lei 35.007, como interrogatório do Código de Processo Penal.*

É lícito, em tese geral, pôr em dúvida à prevalência do dec.-lei 35.007 sobre o Código de Processo Penal.

A fórmula usada no § 2.º é irmã-gémea daqueloutra irónicamente apodada como *forma expressa de revogação tácita*: «Fica revogada a legislação em contrário». Término tradicional de antigas leis, aboliu-a o dec. 22.470 (11-4-1937) no art. 10.

Como bem considera o juiz Dr. CARAPETO DOS SANTOS em *Três decretos-leis*, pág. 25:

«Portanto, teria que se dizer quais os artigos do C. P. P. que ficariam expressamente revogados com a publicação deste diploma legislativo, o que se não fez, limitando-se este § a estabelecer que são aplicáveis à instrução preparatória todas as disposições daquele código, relativas ao corpo de delito, que não contrariem o disposto neste Decreto-lei».

Ora os Profs. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA em *Noções fundamentais de direito civil*, 5.ª ed., vol. I, pág. 111 apontam a espécie de revogação tácita sistemática:

«A incompatibilidade entre as duas leis pode resultar dum conflito directo e substancial existente entre os respectivos preceitos, ou da circunstância de a nova lei estabelecer um novo regime, completo, das relações em causa».

O dec.-lei 35.007 não traz «novo regime completo»: nem é abrogatório, mas parcial, simplesmente derogativo. Bem podemos qualificá-lo, em sentido próprio, como lei extravagante...

Quais os preceitos colidentes com o Código? Depende de exame casuístico.

O magistrado há pouco referido, a páginas 25 e 26, *ibidem*, recolhe os textos seguintes:

O art. 1, do dec.-lei 35.007 revogou o art. 5 do C. P. Penal; o art. 2, n. 1.º, revogou o art. 16, § único do C. P. Penal; o art. 3, n. 1.º, revogou o art. 6 do C. P. Penal; o art. 3, n. 2.º, revogou o art. 7 e §§ do C. P. Penal; o art. 4 revogou os arts. 13, 14 e 16 do C. P. Penal; o art. 4, n. 2.º revogou o art. 11 do C. P. Penal; o art. 4, n. 3.º revogou o art. 12 do C. P. Penal; o art. 4 n. 5.º revogou o art. 15 do C. P. Penal; o art. 4 § 5.º revogou o art. 19 e § 1.º do C. P. Penal; o art. 5 (1.ª parte) revogou o art. 20 do C. P. Penal; o art. 5 (2.ª parte) revogou o art. 21 e §§ do C. P. Penal; o art. 10 revogou o art. 158 do C. P. Penal; o art. 10, § único revogou o art. 158, § único do C. P. Penal; o art. 13, § único revogou o art. 326, § 2.º do C. P. Penal; o art. 22 revogou o art. 337 (quanto a prazos na instrução preparatória do

C. P. Penal; o art. 36 revogou o art. 326 do C. P. Penal; o art. 36, § 1.º revogou o art. 327 do C. P. Penal; o art. 39 revogou o art. 332 do C. P. Penal; o art. 40 revogou o art. 332 do C. P. Penal; o art. 40 (2.ª parte) revogou o art. 327 do C. P. Penal; o art. 41 revogou o art. 331, § 2 do C. P. Penal; o art. 42 revogou o art. 334 do C. P. Penal; o art. 46 revogou os arts. 381 e 390 do C. P. Penal; o art. 47 (última parte) revogou o art. 555 e § único do C. P. Penal; o art. 48 revogou o art. 558 e §§ do C. P. Penal.

Não inclui o artigo 244. O qual subsiste, no parecer dos vários comentaristas que, em nótulas sotopostas, o não reputam, ao menos, alterado. Entre eles, o próprio Prof. EDUARDO CORREIA: *Código de Processo Penal actualizado*, quer na primeira edição (pág. 192) quer na segunda (pág. 192).

Mais: Dr. ANTÓNIO SIMÕES CORREIA, *Código de Processo Penal actualizado*, 2.ª ed., p. 186; Dr. A. DANIEL DA CRUZ, *Código de Processo Penal actualizado e anotado*, p. 252; Dr. J. D. PINHEIRO FARINHA, *Código de Processo Penal anotado*, p. 222.

Este juiz, como vimos, taxa de ilegal, viciosa, incompreensível a prática de ouvir o arguido na instrução preparatória, sem defensor.

Ainda o Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, *op. cit.*, vol. I, p. 162:

«O defensor é representante do arguido, como sujeito processual, como parte; e não, enquanto o arguido participa também no processo como sujeito de prova. O defensor não pode substituir-se ao arguido, prestando declarações em seu nome, como ninguém, aliás, pode substituir por testemunho seu o testemunho doutrem, em actos processuais, portanto, nos quais o arguido deve intervir, como meio de prova, a assistência do defensor é sobretudo uma garantia contra o desvirtuamento da sua posição processual».

Concluindo: em opinião unívoca, o art. 244, não contraria o disposto no dec-lei 35.007. Daí: em plena vigência, *ex vi* do art. 12, § 2.º, proémio.

6. *Distinção donde se extrai consequência algo especiosa.*
Rodeia-se o óbice aparente do art. 49 no dec.-lei 35.007.

Não se faça, pois, *tabula rasa*, pela radical revogação sistemática que o dec.-lei 35.007 inflige ao Código, como flui do art. 12, § 2.º.

Olhemos, na economia de tal diploma, quando posterga ou necessita a presença de advogado.

De novo CAVALEIRO DE FERREIRA, *ibidem*, pág. 161:

«O art. 22 do Cód. Proc. Penal parece fazer uma distinção entre a assistência e a representação por advogado. O arguido seria assistido, em todos os actos em que deve comparecer pessoalmente; seria representado, nos demais casos. Esta contraposição não corresponde a duas formas diferenciadas de defesa; de representante do arguido, nos actos a que este não assiste, de seu auxiliar, naqueles em que comparece. Mas permite compreender o alcance e natureza do defensor».

Também EDUARDO CORREIA, *Processo criminal*, p. 272, distingue entre constituir *mandatário* e nomear *defensor officioso*: um recai sobre advogado que o arguido escolhe (art. 49 do dec.-lei 35.007; arts. 22 § 3.º e 23 no C. P. Penal); outro a cargo do juiz que nomeia, mesmo um estranho à classe (art. 28, *in fine*, do C. P. Penal).

Daqui surte argumento, em exegese ao art. 49: facultativo o mandato, em qualquer fase processual; defensor officioso só obrigatório após o término da instrução preparatória.

Prova demais. A aceitá-lo, o auto de perguntas do art. 278 ocorreria sem advogado ou defensor, contra o disposto no art. 279. O próprio decreto, no art. 21.º, ordena que, havendo arguidos presos, se cumprirá o Código, mormente na hipótese do seu n. 3.º remissivo ao 245, § 2.º. Por igual se comporta o n. 4.º sujeito à regra do corpo. Ora: *probat nimis, probat nihil*.

Entender-se-á, pois, em hábil hermenêutica: o art. 49 significa apenas que, tal como em outros actos processuais, o juiz deve nomear defensor nos momentos aí indicados. O que não exclui a existência anterior dos que hajam funcionado em termos que os admitam. O art. 49 convive, coexiste com normativos que fazem análoga exigência, em diversas fases do processado.

Por si, de resto, aplica-se como regulamentar de figura processual inovada — a «pronúncia necessariamente provisória». E inscreve-se na rubrica «Disposições diversas», em capítulo excrescente, que se furta ao quadro, ao vigaamento central, ao esquema básico do diploma reformador.

Encerro com CAVALEIRO DE FERREIRA, vol. I, p. 162:

«O arguido, mesmo enquanto meio de prova, não perde os seus direitos de parte. A lembrança do passado histórico do processo penal

e a tendência da praxe para ver no arguido o meio de obter directamente uma reconstituição dos factos que constituem objecto do processo, foi origem de desconfiança legal numa sujeição não fiscalizada do arguido, enquanto meio de prova, à actividade de investigação».

7. *Assistência do advogado como: B) Garante de livres, genuinas declarações.*

Onde o acusado preste depoimento, aí deve estar o patrono. Eis a garantia por excelência de que declara em plena liberdade, insubmisso a manobras de ordem coerciva.

A cada hora se nos deparam réus confitentes, renegando o que disseram, sob pretexto de maus tratos.

Nas quotidianas audiências de nossos dicastérios, apontam-se não só vulgares ameaças, agressões, injúrias: avulta o requinte do «isolamento» (deprimente moral) e da «estátua» (actuante psico-somático). Raro se autuam essas acusações formuladas a ouvidos quiçá incrédulos nos factos ou na sua viabilidade probatória.

Não se verifica o fenómeno apenas em Portugal. Tradadistas de renome entendem e registam em seus livros, os métodos a que, por exemplo, ZBINDEN chamou «auxiliares» do interrogatório.

Enumera, na *Criminalística*, a p. 177: esfigmígrafo, detector de mentiras, hipnose, narco-análise, espião-acústico.

O já citado professor de Direito em Paris, DE VABRES, na última edição de *La justice pénale d'aujourd'hui* em referência do tradutor português (Coimbra 1962), a p. 141, critica:

«Ora, se esta reacção não penetrou na lei, traduziu-se, no mundo dos factos, plos *abusos da devassa officiosa*. Esse *imperium* que a lei parece recusar ao juiz de instrução, xerce-o previamente, sem fiscalização e, talvez, sem conta nem medida, a policia judiciária, accionada pelo Procurador da República. São postos em prática métodos que a antiga Inquisição não deixaria de aprovar. Muitas vezes, já está formada a convicção quando se inicia, com o seu aparato de formalidades e garantias, já então illusórias, o processo...»

Isto é: pode o arguido ser objecto de pressões, violências que, enfraquecendo a vontade, facultem a colheita da confissão, inobtida por outra vereda.

Destaco, mesmo, a vantagem da intervenção do advogado, para benefício, prestígio da entidade instrutora, que, assim, dispõe de testemunho idóneo, insuspeito, quanto à legalidade dos actos.

Cairiam por terra as habituais insinuações, talvez inverídicas, à conduta policial.

Mormente um período entre nós, se presta a conjecturas desprimorosas para com os investigadores.

O parecer do Conselho Superior do M.^o Público, em 23 Setembro 1955, no *Boletim* n.^o 50, p. 241, observa:

«Em relação aos delinquentes que podem ser presos fora de flagrante e sem culpa formada art. 254 § 1.^o mas que não devem ser mantidos sob custódia (arts. 290 e seguintes), ainda os referidos fins se realizam, em maior ou menor grau, dentro do prazo de 48 horas ou de cinco dias, fixado no § 2.^o do citado art. 254 e no art. 21 do decreto-lei 35.007.

Neste aspecto e seguindo a directriz doutrinal mais aconselhada de que «devem adoptar-se todas as precauções para dificultar o mais possível a fuga do imputado, ou para neutralizar os seus esforços hostis contra a instrução do processo, mas *sem jamais se violar a liberdade individual sem uma fundada razão de justiça e de necessidade*».

Já não curando da incomunicabilidade do art. 274, olhemos à prorrogação contemplada no art. 273, que pode atingir, na Polícia Judiciária, 180 dias — *ut* art. 9 do dec. 35.042. E, pelo dec. 39.351 (7-Set.^o-1953) no art. 8, os subdirectores libertam, mantêm a clausura, aplicam medidas de segurança provisória.

Se, em tão vasto lapso de tempo, com ausência de advogado, o arguido sofre interrogatórios, muito é confabulável quanto ao seu estado de espírito e de corpo...

8. *Problemística do mandato forense: ora contrato de serviço, ora função pública. Proveja-se à constante presença de advogado como defensor officioso.*

Quando a lei exija ou o magistrado ordene comparência pessoal do réu, pode este *fazer-se assistir* de advogado. Tal preceitua o art. 22 no Cód. Penal que, nos outros casos lhe consente *fazer-se representar*.

Daí faculta sempre, a escolha de patrono técnico-jurídico, pelo constituinte-parte.

Situações especiais, porém, não prescindem da presença do defensor — *ut* art. 244 que versámos. Nessa conjuntura será designado officio-

samente. Em semelhança, disserta CARNELUTTI nas *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1950, vol. I, p. 239:

- «El imputado no tiene en absoluto la carga de nombrarse defensor salvo en el caso de que si no lo nombra, debe aceptar el defensor nombrado por el juez: así en la instrucción (arts. 304, 366. 390), lo mismo que en el debate (arts. 407, n. 3.º, 503) el defensor, en cuanto no sea nombrado por la parte, es provisto por el juez mismo; en otros términos, el nombramiento del defensor por obra de la parte, que se llama *nombramiento de confianza*, en lugar de una carga, es una facultad del imputado y, por tanto, *el nombramiento de oficio*, como se llama el nombramiento hecho por el juez, es una obligación de éste (o del ministerio público; art. 390 del Cód. Proc. Penal), cuando falte el nombramiento de confianza».

Aqui funciona mandato de carácter público. Dever-se-á, por isso, neste capítulo, prover, de modo eficaz, à presença de patrono habilitado em direito.

Interpretando o sistema em vigor ensina CAVALEIRO DE FERREIRA que, na defesa, o advogado: compulsa os autos, se não houver inconveniente, sob compromisso de sigilo (C. P. Penal, art. 70, § 2.º); contacta com o arguido (art. 25); conferencia com os presos sem que a conversa seja ouvida (decreto-lei 26.643, art. 312, § único). Cfr. *ob. cit.* vol. I, pp. 164 e 165.

M. FENECH em *Derecho Procesal Penal*, vol. I, p. 462, resume apontamento desta sorte:

«Tan pronto como ingrese en cualquier prisión un sujeto en calidad de preso, o siéndolo en la de detenido se le notifique el auto de procesamiento, se le pondrá de manifiesto la lista de los Abogados de la localidad, con designación de los que ejerzan el turno de oficio, para que pueda designar al que tenga por conveniente, cuya designación, caso de hacerse, será comunicada a la autoridad judicial respectiva. A este fin, los Colegios de Abogados remitirán a las prisiones la lista y los datos señalados (RO 16 mayo 921)».

Não se invializa, connosco, análogo sistema, que se amolda à índole do meio.

Nem demanda esforço de maior, para que se efective na prática — com enorme proveito, de resto, à administração da justiça.

E vai esta directriz na linha tradicional das instituições lusíadas,

como destaca o Prof. MARCELLO CAETANO, *in Lições de História do Direito Português*, Coimbra 1962, a p. 200:

«O abuso das prisões por simples suspeita e dos tormentos para arrancar confissões, determinaram providências régias de grande interesse. Logo D. Afonso III, na célebre lei de 1264 relativa aos alcaides (P. M. H., *Leges*, p. 213), dispõe que não se prendam os acusados antes de julgamento. Quando o crime seja grave (e a lei enumera os que acima já discriminámos) então os alcaides, a cujo cargo estava a polícia local, podiam prender os suspeitos, mas deviam apresentá-los imediatamente aos juizes ou alvasis para que estes, com assistência de advogados, apurassem a sua culpa antes de se manter a prisão. É o princípio, hoje constitucional, de que ninguém pode ser mantido na prisão *sem culpa formada*».

9. *Síntese conclusiva: integre-se o advogado na sacra missão que lhe cabe.*

Ante detenções *contra leges* deve o advogado socorrer-se de *simple requerimento ao juiz comarção* (dec.-lei 35.043, art. 2) ou providência de *habeas corpus*, (*ibidem*, arts. 7 e 8).

O conteúdo dos arts. 6 e 19, § 2.º, cominativos de penas *ex officio* aplicadas ao advogado, sem precedência de processo disciplinar parece-me subsistir, com o art. 643, trecho 2, *in fine*, no Estatuto Judiciário (dec.-lei 44.278, de 14 Abril 1962).

Se improcedentes aqueles meios, o detido não ficará sem patrocínio judiciário: defensor constituído ou officioso, se impõe, de toda a sorte, quer se designe a diligência por declarações, interrogatório, depoimento ou perguntas.

Não vemos, em lei expressa, determinação contrária: e tudo inculca, propela a que, por anterior técnica, se o não dispense, na economia que norteia a panorâmica processual.

Dissinto, pois, da doutrina expendida na circular de 5 Jan. 1952, emanada do ajudante do procurador da República em Santarém, de conteúdo invinculante (citado pelo Dr. SILVA ARAÚJO: *op. cit.*, p. 56).

Creio que a nossa lei se ajusta ao pensamento de ALEC MELLOR: *op. cit.*, p. 179:

«Une nouvelle génération d'avocats monte, consciente que la grandeur de leur ministère ne commence pas le jour de l'audience, et que pour avoir moins d'éclat que dans le prétoire, de rôle de la défense à l'instruction n'en est ni moins utile ni moins intellectuellement

noble. La liberté individuelle y gagera en protection, comme le défendeur en prestige. Devant le nombre des abus, on peut même dire que jamais l'action personnelle de chaque avocat, comme l'action collective de l'Ordre n'ont été plus nécessaires».

No entanto, vai-se institucionalizando a ilegalidade de ouvir arguidos sem assistência de defensor. Como reagir?

Trata-se de nulidade prevista no Cód. Proc. Penal, art. 98, n. 4.º que sanada fica no império do § 5.º.

Deve, pois, o advogado argui-la, dentro do quinquídio ulterior à sua constituição, requerendo que se repute inválidas as declarações prestadas contra aqueles princípios.

A par disso, em intervenção corporativa, orgânica, às delegações e conselhos da Ordem cabe, em estrita colaboração com os poderes estaduais, constituir elenco de defensores preparados para intervir, quando necessário, nas diversas instâncias.

Reproduzo o teor do art. 570, no Estatuto Judiciário: «O advogado deve, no exercício da sua profissão e fora dela, considerar-se um servidor do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que essa qualidade lhe atribui».

Só actuando nesse plano, colhemos as admiráveis palavras que nos dirigiu o conspícuo juiz Dr. FRANCISCO VELOSO: *A intervenção do advogado na instrução preparatória*, p. 42:

«A Nação portuguesa constitue um Estado independente, cuja soberania só conhece como limites, na ordem interna, a Moral e o Direito...».

O Advogado é o guardião do Direito Constitucional e dessa Moral suprema.

Esta a sua glória e o seu título de nobreza».

Fecho, com CARNELUTTI: *Teoría general del delito*, Madrid, 1941, pág. XXV:

«Nadie como el jurista merece ser llamado servidor de la paz. Si la paz, por serlo, debe ser santificada por la justicia, puesto que aún los hombres no han progresado lo suficiente para saberse conducir según sus preceptos, aquéllos no tienen otro medio para promover y conservar la paz sino el Derecho, que es la humana encarnación de la justicia. Cuanto mejor es el ordenamiento jurídico de una nación, tanto más segura es su paz».