

ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO ÀS DECLARAÇÕES
DO ARGUIDO NA INSTRUÇÃO PREPARATÓRIA (*)

por Jorge de Figueiredo Dias
Professor auxiliar da Faculdade de
Direito de Coimbra

CONSULTA

O Tribunal da Relação do Porto, por acórdão de 16 de Outubro de 1970, proferiu a decisão que a seguir integralmente se transcreve.

[*Omissis*] (**)

Pretende-se parecer sobre se o acórdão transcrito terá levado a cabo uma correcta aplicação do direito português vigente e, nomeadamente:

a) se deve considerar-se juridicamente obrigatória a assistência de advogado ou defensor oficioso às declarações prestadas pelo arguido em instrução preparatória, mesmo quando esta seja realizada pela Polícia Judiciária;

b) sendo afirmativa a resposta à primeira questão, quais as consequências jurídico-processuais da violação daquela exigência.

(*) Parecer junto ao processo a que se referem as peças publicadas no presente volume, na secção «Jurisprudência».

(**) O acórdão que na consulta se transcreve é publicado na secção «Jurisprudência».

Foi presente cópia da arguição de nulidades junto da Polícia Judiciária, do despacho do Sub-director desta que a desatendeu, das alegações do arguido e do Ministério Público, e ainda de outras peças do processo.

PARECER

O acórdão da Relação do Porto transcrito na consulta constitui, independentemente do reconhecimento ou do repúdio que em definitivo cada uma das suas proposições venha a merecer, uma das mais significativas — e também uma das mais bem elaboradas — decisões da nossa jurisprudência. Se é permitido, antes de me entretecer em concreto com as questões jurídicas que nele se discutem e se solucionam, acentuar muito brevemente o seu significado global, direi o seguinte à maneira de introdução:

1.º O acórdão patenteia com clareza o papel verdadeiramente *constitutivo* (para não dizer, como de resto é hoje de uso, *criador*) que à jurisprudência cabe na vida de uma comunidade jurídica. Este papel tem, é certo, de ser olhado com circunspecção, pelo perigo de ser exagerado e, assim, se abalarem os fundamentos de um Estado-de-Direito. Mas ele é inquestionavelmente de reconhecer (como, aliás, logo se retira dos arts. 110-3 do Est. Jud. e 10-3 do C. C.) e de saudar quando, como no caso da consulta, respeitando os textos e os juízos de valor legais, vem revelar que, *mesmo sem transformações legislativas*, o direito de ontem não tem que ser necessariamente o direito de hoje e que este é o declarado pelos juízes num processo, a propósito de um caso concreto. Só assim se cumpre o verdadeiro fim do processo penal, que outro não é senão o de declarar o direito do caso concreto, o de definir o que para este caso é, hoje e aqui, justo.

2.º Erigindo o princípio da obrigatoriedade da assistência de advogado ou defensor officioso às declarações do arguido em

(*) Todas estas peças são publicadas no presente volume na secção «Jurisprudência».

instrução preparatória, o acórdão faz muito mais do que uma mera aplicação exacta de princípios legais: dá conteúdo e execução efectiva a preceitos intocáveis da nossa Constituição Política, quer no que concerne, imediatamente, à inviolabilidade do «direito de defesa» do arguido, quer, mediamente, no que respeita à independência e prestígio da Magistratura judicial. Reafirma, em suma, traves-mestras essenciais para que, não só nas leis mas na vida comunitária, o Estado constitucional português se revele como verdadeiro Estado-de-Direito.

3.º Apontando com nitidez as consequências jurídico-processuais da violação do princípio da obrigatoriedade da assistência do advogado e as alternativas que, nesta matéria, se põem ao intérprete — alternativas que correspondem, de um lado à via prosseguida pela tese que fez vencimento, do outro ao caminho apontado pela tese do juiz vencido —, o acórdão não só afronta com plena consciência uma problemática ainda em aberto como, em meu parecer, põe a nú a mais sensível dificuldade da nossa estrutura processual penal e contribui para tornar inadiável uma modificação inscrita no plano *ad legem ferendam*.

A acentuação destes três pontos, propondo-se realçar o respeito devido ao acórdão que me cumpre valorar juridicamente e a todos os magistrados que o subscreveram, serve ao mesmo tempo já de roteiro das considerações que a seu respeito me parece cabido formular.

I

O problema da obrigatoriedade da assistência de advogado ou defensor officioso às declarações prestadas pelo arguido em instrução preparatória

A. O plano legal

1. Desde há muito que, entre nós, o problema mais delicado e doutrinariamente mais debatido, no que concerne à consistência prática e efectiva do *direito de defesa* do arguido em pro-

cesso penal, é o que respeita à intervenção do advogado durante a instrução preparatória.

Em consonância com a Constituição Política de 1933 — que, no n. 10 do art. 8, considera como direito, liberdade e garantia individual dos cidadãos portugueses «haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa» — permite a lei comum, no caso o Código de Processo Penal, a intervenção do advogado em todo o momento do processo (art. 22). Em princípio, porém, esta intervenção parece ser puramente facultativa, só se tornando obrigatória depois da pronúncia em processo de querela, ou mesmo só na audiência de discussão e julgamento em processo correccional (arts. 379 e 416 do C. P. Penal e 49 do dec.-lei 35 007). Mas será assim ainda quando o arguido esteja em prisão preventiva? Ou deverá nesta hipótese a constituição de advogado fazer-se mais cedo, de modo a exigir-se a sua presença durante os interrogatórios? O Código de Processo Penal resolvia a questão, sem margem para hesitações, no último sentido indicado.

Na verdade, ao menos teòricamente, o carácter obrigatório da presença de advogado constituído ou de defensor officioso, durante o interrogatório feito no momento da validação da detenção, não pode oferecer dúvidas em face do disposto no art. 279 do C. P. Penal. Estamos aqui, com efeito, perante um processo especial de confirmação da prisão que, como todo o verdadeiro «processo», se deixa submeter ao princípio do contraditório (¹).

(¹) Cfr., neste sentido, Eduardo Correia: *Processo criminal* (lições de 1945) pp. 169 ss., e 268; Cavaleiro de Ferreira: *Curso de processo penal*, 1955, I, p. 157, e II, p. 324; Eliana Gersão: *La détention avant le jugement au Portugal* (rapport au VIIIème Congrès de l'Acad. Int. de Droit Comp., 1970, p. 19 (*)); F. Fabião: *Prisão preventiva*, 1964, p. 169 ss.; Pinheiro Farinha: *Código do Processo Penal*, comentário ao art. 279; F. J. Veloso: *A intervenção do advogado na instrução preparatória*, «Scientia Iuridica», 4 [1955], pp. 406 ss.; Araújo de Barros: *Uma ilegalidade institucionalizada?*, «Revista da Ordem dos Advogados», 23 [1963], p. 96 ss., e 103 ss. Ver aliás, no mesmo sentido, o parecer da Procuradoria-Geral da República de 2-9-1946, *Boletim do Ministério da Justiça*, 3 [1947], pp. 95 ss.

(*) *N. da R.* — O texto português do trabalho da Dra. Eliana Gersão está publicado na *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano 17, e no presente volume, a seguir.

Mesmo, porém, no que toca às declarações do arguido a prestar perante o juiz durante toda a instrução preparatória — sempre que este o entendesse conveniente, ou a requerimento do Ministério Público —, por força do § 1.º do art. 244 do Código a solução era a mesma: obrigatoriedade da assistência do advogado do arguido ou do seu defensor officioso.

Sendo assim, como pode compreender-se que uma situação jurídica tão cristalina tenha podido tornar-se duvidosa, até ao ponto de se desatender o claro e terminante reforço que, desta doutrina, haveria posteriormente de ser operada pelo referido n. 10 do art. 8 da Constituição Política de 1933?

2. Não falta quem pretenda (²) que a prática logo seguida pela Polícia de Investigação Criminal foi no sentido de não permitir tal assistência; e que não relevaria para o nosso caso (por se tratar então de mera prática contra-legal), não fosse a circunstância insólita de se considerar que só com ela se obedecia aos comandos legais! Para obter tal conclusão, raciocina-se assim:

O § único do art. 163 do Código, mandando observar o § único do art. 162, logo se apressa a ressaltar o disposto nas leis e regulamentos policiais. E dentro destes contava-se o dec. 17 640, de 22-11-1929, que, regulamentando as diligências instrutórias a praticar pela P. I. C., não continha qualquer preceito que previsse a assistência de advogado ou defensor officioso aos interrogatórios dos arguidos. Aquela ressalva do art. 163 significava, pois, que a instrução praticada pela P. I. C. se não sujeitava à disciplina do Código de Processo Penal, nomeadamente à contida nos arts. 244, 278 e 279.

Estou certo, todavia, de que um tal raciocínio só dificilmente logrará convencer alguém.

A sua procedência esqueceria desde logo que o § único do art. 162 tem fundamentalmente por conteúdo útil, não regular qualquer questão material atinente à defesa do arguido, mas

(²) Ver o despacho do subdirector da Polícia Judiciária do Porto, a fls. 553, do qual se retira a citação a seguir transcrita no texto (*).

(*) Publicado no presente volume, na secção «Jurisprudência».

impor que a remessa do arguido preso a juízo se faça acompanhada «de *ofício* em que se indique especificadamente a infracção de que é arguido, remetendo-se, logo que seja possível, a participação e o corpo do delito».

Mas esqueceria sobretudo — o que é bem mais grave, por revelador da atitude de espírito com que por vezes se consideram, entre nós, as questões atinentes ao «sagrado» direito de defesa do arguido e que, por toda a parte, são considerados como as que verdadeiramente caracterizam a dignidade e a autonomia do processo penal ⁽³⁾ — esqueceria, ia a dizer, que a presença do advogado é um alicerce fundamental do direito de defesa que, sendo conferido pela lei, não poderia pensar-se eliminado por um qualquer regulamento policial e, muito menos, pela circunstância de um regulamento *silenciar* sobre ele. Pois será patente para todos (mesmo para os mais declaradamente positivistas, que querem ver no Direito, especialmente no processual, um mero conjunto de regras «técnicas», regido por considerações de pura «oportunidade») que o silêncio de um regulamento não pode nunca equivaler à negação de um direito material que a lei confere, mesmo quando esta ressalva — e já vimos que não é aqui o caso, por a ressalva dizer tão-só respeito ao § único do art. 162 — o disposto (não o silenciado!) nas leis e regulamentos policiais ⁽⁴⁾.

3. A solução do problema posto tornou-se questionada, sim, com a entrada em vigor do dec.-lei 35 007, que conferiu ao Ministério Público a titularidade, em princípio exclusiva, da

⁽³⁾ Cfr., só, p. ex., Conso: *Costituzione e processo penal*, 1969, pp. 219 ss., 264; Siniscalco: *Giustizia penale e Costituzione*, 1968, pp. 162 ss.

⁽⁴⁾ De resto nunca ninguém — tanto quanto me foi dado saber —, na vigência do Código e durante a existência da P.I.C., pensou em dar semelhante interpretação ao § único do art. 163. O que se disse, sim, foi que «o legislador com esta ressalva quis abranger o caso de os regulamentos autorizarem a policia a manter os arguidos presos durante oito dias» (ver L. Osório: *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, III, 1932, p. 45, que aliás, discordando com boa razão da ressalva mesmo só assim entendida, acrescentou: «Não convenceram os brilhantes artigos de J. Mourisca, na *Revista de Justiça*, 4, pp. 2, 82, 96 e 113; ou melhor, convenceram — Código anterior —, mas à última hora, venceram outras razões»).

acção penal, e do dec.-lei 35 042, que criou a Polícia Judiciária e lhe atribuiu, em Lisboa, Porto e Coimbra, a competência para a instrução preparatória nos mesmos termos em que, nas demais comarcas, a tem o Ministério Público.

Seria profundamente injusto pensar-se, porém, que as dificuldades tenham nascido de qualquer erro ou omissão, quanto a este ponto, do dec.-lei 35 007. Pelo contrário, teve este o cuidado de as prevenir implicitamente, ao estatuir, por forma genérica, no § 2.º do art. 12, que

«são aplicáveis à instrução preparatória *todas* as disposições do Código de Processo Penal relativas ao corpo de delito que não contrariem o disposto no presente decreto-lei, passando, porém, a serem exercidos pelo Ministério Público todos os poderes e funções que no Código se atribuem ao juiz nessa fase do processo, com ressalva do disposto no art. 21 do presente decreto-lei».

Não se vê, deste modo, que argumentos juridicamente válidos possam ser opostos à ideia de que hão-de valer para o Ministério Público — e para a Polícia Judiciária quando a esta incumba a instrução preparatória: art. 14 do dec.-lei 35 042 — as condições materiais, atinentes à tutela das liberdades do arguido e à inviolabilidade do seu direito de defesa, que no Código valiam para o Juiz. Deste ponto de vista, pelo menos, a continuidade de vigência do art. 244 e do seu § 1.º, com as adaptações impostas no tocante aos sujeitos, será pura e simplesmente indiscutível (5).

Muito em especial, será de todo irrazoável argumentar com o pretensu carácter «administrativo» da instrução preparatória

(5) Neste sentido se pronunciam, na nossa doutrina: Cavaleiro de Ferreira: *cit.*, I, p. 324; Eduardo Correia: *Lições de processo penal* (1946-1947), pp. 108 ss.; F. Fabião: *cit.*, pp. 171-174; F. Veloso: *cit.*, p. 409; Araújo de Barros: *cit.*, pp. 96, 98, 103 ss. e *passim*; A. Santos Silva: *Os direitos do detido e a intervenção do advogado na fase da instrução preparatória* (*), 1969, pp. 15-18; Pinheiro Farinha: *cit.*, p. 222 (coment. ao art. 244); F. Salgado Zenha & Duarte Vidal: *Justiça e política*, «Teses e documentos do II Congresso Republicano de Aveiro», I, 1969, pp. 286 ss. e 295 ss.; F. Sá Carneiro, *intervenções na Assembleia Nacional em Dezembro de 1969 e Fevereiro de 1970* (**).

(*) Publicado no presente volume, na secção «Jurisprudência».

(**) Publicadas no presente volume, na secção «Actualidades & Documentos».

nos quadros do dec.-lei 35 007, por opposição ao seu carácter «judicial» no domínio do Código. Isso corresponderia — res-salvado o respeito devido a outra opinião, só por o ser — a cometer patentemente um duplo erro.

a) Erro, em primeiro lugar, por assim se ignorar que a caracterização jurídico-material dos actos se não faz hoje de acordo com a entidade de que promanam mas sim de acordo com a *natureza* que substancialmente lhes cabe (⁶). E, deste ponto de vista, bastaria a circunstância de o § 2.º do art. 12 do dec.-lei 35 007 afirmar que se transferiram para o M. P. não só as funções, mas igualmente os *poderes* que o Código atribuía ao Juiz na fase da instrução preparatória, para dela se concluir sem mais que se não alterou a natureza substancial dos actos, mas apenas se operou a modificação do titular da competência para os praticar. Ora, se os actos são os mesmos (⁷), se é a mesma a sua natureza material, as mesmas hão-de ser as *condições substanciais* (que não simplesmente formais) da sua validade. Ao que acresce o facto de o dec.-lei 35 007 não conter qualquer disposição que contrarie a solução expressamente — como, em face das disposições do direito anterior, sempre seria de exigir —, ou sequer donde possa, ainda que longinquamente, inferir-se o contrário.

Algo de absolutamente fundamental, porém, se sobrepõe ainda à consideração anterior: mesmo que a tomada de declarações ao arguido em instrução preparatória constitua actividade meramente «administrativa», desde que a recusa de assistência de advogado contende com a esfera de acção protegida pelos direitos fundamentais inscritos na Constituição não deixará de

(⁶) Esgotantemente, sobre este ponto, Eduardo Correia: *Despacho de arquivamento do processo e caso julgado*, «Revista de Legislação e de Jurisprudência», 99, pp. 50 ss., com referência também à mais recente doutrina administrativa sobre o ponto; por parte desta pode ver-se entre nós a crítica movida por Afonso Queiró: *A Ciência do direito administrativo e o seu objecto* (aditamentos às lições de direito administrativo, 1965), pp. 7 ss., à distinção tal como foi entendida pela «escola de Viena» de Kelsen e Merkl.

(⁷) Como aliás se deduz também da 1.ª parte da disposição: «São aplicáveis [...] todas as disposições do Código [...]». Com ela, na verdade, fica claramente estabelecido que o *quadro legal* do exercício dos poderes e funções atribuídas agora ao Ministério Público se mantém *inalterado*.

pôr-se, em relação a ela, a mesma *exigência de garantia* dos direitos de defesa, e, por outro lado, não estará ela, neste aspecto, isenta de um controle total por parte dos tribunais ⁽⁸⁾. Nem será outra a razão por que o Supremo Tribunal de Justiça, pelo seu assento de 17-5-1961, considerou como *judiciais* os actos praticados pelo Ministério Público, na própria instrução, relativamente à interrupção da prescrição ⁽⁹⁾, e vem repetidamente afirmando ser no «poder judicial» que deve ver-se o definitivo guardião das liberdades fundamentais dos cidadãos portugueses ⁽¹⁰⁾.

b) Erro, em segundo lugar, porque aquele argumento assentaria na crença ingénua — correspondente, pode dizer-se, à «pré-história» do Direito Administrativo — de que a actividade dita «administrativa» é por sua natureza livremente discricionária, incontrolável e não tem, em suma, de preocupar-se com qualquer autêntico direito de defesa do arguido! Os desmentidos a esta concepção são, mesmo só no nosso sistema jurídico, tão constantes e numerosos que não cometerei a injúria de chamar para eles a atenção; bastar-me-ei com afirmar esta evidência: que aquela concepção só seria possível num Direito (?) administrativo que quisesse traduzir, antes que a força do Direito, o «direito da força» que se sabe ser expressão do poder ilimitado e despótico que caracteriza, justamente, a ausência de um Estado-de-Direito ⁽¹¹⁾.

Quando, por isso, no despacho do Subdirector da Polícia Judiciária, que se encontra a fls. 533 e ss., se procura justificar

(8) Por outra forma; uma *decisão* do Ministério Público — mesmo tido este como entidade puramente «administrativa» que negue ao particular direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitui o incumprimento, por parte do Estado, de obrigações assumidas através do acto constitutivo da comunidade política, lesando por isso, directa e imediatamente, direitos subjectivos primários do cidadão. O conflito que então surge é, *hoc sensu*, um verdadeiro conflito «judicial».

(9) *Boletim do Ministério da Justiça*, 107 [1961], pp. 345 ss.

(10) Cfr., p. ex., o acórdão de 15-3-1961, no *B. M. J.*, 105 [1961], p. 525; e o próprio preâmbulo do dec.-lei 35 043, que instituiu o regime do *habeas corpus*.

(11) Cfr. só, por todos, Afonso Queiró: *O Poder discricionário da Administração*, 1944, pp. 231 ss., 271 ss. e *passim*; e de novo, recentemente, Castanheira Neves: *Questão-de-facto e questão-de-direito*, I, 1967, pp. 359 ss.

a obrigatoriedade de assistência do advogado no domínio do Código e a *proibição* da mesma no regime do dec.-lei 35 007, argumentando com o carácter pré-processual (?) da actividade instrutória do Ministério Público e da Polícia Judiciária segundo este último diploma legal, cometem-se nitidamente os erros a que aludi. Por forma tal, aliás, que se torna por inteiro merecida a censura do acórdão da Relação, quando afirma, de modo exemplaríssimo que me permito sublinhar:

«Seria inconcebível que a um regime de *estrita legalidade* da investigação instrutora a cargo do *juiz* se sucedesse um *regime arbitrário* de instrução, a cargo de entidades *policiais*.»

4. Pode pois concluir-se já, sem mais ampla argumentação, que uma correcta interpretação do disposto no § 2.º do art. 12 do dec.-lei 35 007, mesmo quando conexionado com o estatuído pelos arts. 7 e 8 do dec.-lei 35 042, conduz inapelavelmente a considerar em vigor e aplicável o § 1.º do art. 244 do Código e, portanto, a ter como obrigatória a assistência de advogado ou defensor officioso às declarações prestadas pelo arguido em *qualquer* instrução preparatória de um processo penal ⁽¹²⁾. Resta em todo o caso — e se não já no plano estritamente legal, pelo menos no plano da unidade e coerência do *sistema* do nosso processo penal — afrontar uma outra ordem de considerações que se tem tentado opor àquela conclusão.

Argumenta-se, para tanto, fundamentalmente, com o carácter *secreto* da instrução preparatória ⁽¹³⁾. Mas não será aí,

(12) O sublinhado do texto é intencional: quero com ele afirmar — embora se trate aqui de problema estranho ao caso da consulta — que a doutrina exposta vale mesmo para a instrução preparatória que decorra na Direcção-Geral de Segurança (extinta Polícia Internacional de Defesa do Estado). Ao contrário do que sucede quanto ao problema em geral, têm-se suscitado aqui, ao nível da doutrina, algumas divergências (cfr., p. ex., F. Fabião: *cit.*, p. 174 e E. Gersão: *cit.*, nota 51); mas todas elas vão procurar a sua razão na pretensa natureza «administrativa» da instrução preparatória feita por aquela Direcção-Geral (cfr. Cavaleiro de Ferreira: *cit.*, I, p. 117: «forma administrativa de instrução preparatória»); e, como já ficou demonstrado, dali não pode tirar-se sombra de argumento contra a necessidade de assistência de advogado.

(13) Ver, por exemplo: o n. 4 da Circular de 5-1-1952 do Procurador da República de Santarém comunicando decisões da reunião de 10 e 11 de Março anterior aos Ajudantes do Procurador do Distrito Judicial de Lisboa; Laurentino Araújo: *Código de Processo Penal*, p. 56; e, por último, o despacho de fls. 533 ss. neste processo.

verdadeiramente, que se quer chegar. Se o fosse, logo se contra-argumentaria que a instrução preparatória é hoje (arts. 13 dos decs.-lei 35 007 e 35 042) tão secreta quanto o era já no domínio do Código (art. 70) e que nem por isso este deixava de impor a assistência de advogado ou defensor às declarações do arguido. Certo, já se sustentou que aqueles arts. 13 teriam revogado este art. 70, ao mesmo tempo que reforçaram o princípio do secreto e lhe atribuíram um mais amplo domínio de aplicação. Mas se esta concepção é, já no campo técnico-jurídico, manifestamente impossível de sustentar⁽¹⁴⁾, ainda pior é que, quando conexcionada exclusivamente com o princípio do «secreto», surge teleològicamente desprovida de qualquer base. Pois é evidente que, assistindo às declarações do arguido, o advogado ou defensor fica a conhecer do processo *o mesmo que aquele* isto é, exactamente, os factos que, em seu juízo absolutamente discricionário, o instrutor entendeu ser útil comunicar, sem prejuízo da instrução⁽¹⁵⁾. Como, pois, querer ver nisto qualquer lesão ou mero perigo para o princípio do secreto ou do segredo da justiça? ⁽¹⁶⁾

A razão última — aliás claramente documentada, neste processo, tanto no referido despacho de fls. 533 e ss. como, de novo, nas alegações do Procurador da República junto da Relação do Porto (*) — está em que, quando se argumenta com o carácter «secreto» da instrução preparatória quer-se, no fundo, fazer referência directa ao carácter *inquisitório* e *não-contraditório* desta fase do processo. O que, sendo em si e em princípio exacto, não autoriza de nenhum modo qualquer conclusão

⁽¹⁴⁾ Como o demonstrou F. Veloso: *cit.*, pp. 397 ss.

⁽¹⁵⁾ Assim, muito bem. E. Gersão: *cit.*, nota 52. Parece evidente, mesmo ao mais míope, que a presença do advogado não torna *pública* a instrução, como a não torna a presença do arguido, dos declarantes e testemunhas, etc. Acresce que nada custará aceitar aqui o dever de sigilo profissional, ao qual dará base suficiente a parte final da alínea a) do n. 1 do art. 581 do Est. Jud.

⁽¹⁶⁾ E já vão ver o mesmo, ou pior, v. g. nas comunicações habitualmente feitas aos órgãos de informação pela Polícia Judiciária (essas sim — mas esse é outro problema — quantas vezes claramente violadoras dos direitos dos arguidos, ao substituírem o legal «trial by court» por um de todo ilegal e inconstitucional «trial by newspaper»?)

(*) No presente volume, na secção «Jurisprudência».

desfavorável à necessidade de assistência de advogado ou defensor às declarações do arguido. Vejamos porquê.

a) É tradicional acentuar-se, entre nós, o carácter *inquisitório* da instrução preparatória, para assim se significar o poder-dever de esclarecimento e instrução officiosos do «facto» eventualmente a sujeitar a julgamento — esclarecimento e instrução que não dependerá, portanto, da iniciativa e requerimento que nesse sentido hajam de fazer os «interessados» (ofendido e réu). Aplicado à actividade do Ministério Público (cfr. arts. 12 §§ 1.º e 2.º, e 13 e § único, em conexão com o art. 10, todos do dec.-lei 35 007), vem tal princípio quase a confundir-se com o chamado «princípio da oficialidade», mantendo embora uma intenção muito menos formal do que este por se dirigir, antes que à iniciativa e prosseguimento processual, ao conteúdo ou objecto do processo ⁽¹⁷⁾.

Todavia, sendo estes princípios sem dúvida exactos e aplicáveis, é pelo menos *equivoco* falar, a seu propósito, do carácter *inquisitório* da instrução preparatória; o que assume, para o nosso problema, a maior importância. É que, utilizando aquela denominação, há a tendência inelutável para — permita-se-me dizê-lo: «tomando a nuvem por Juno» — se pensar, àquele propósito, nos princípios que formaram o corpo do que ficou conhecido, na história do processo penal, pelo *processo de tipo inquisitório*, justamente caracterizado pela desvalorização e minimização do direito de defesa do arguido; pela hipervalorização do valor probatório da confissão; pela recusa de controlo das formas de obtenção daquela prova (formas que se relegavam para o domínio das meras *formalidades*, cuja omissão ou desrespeito dava lugar a simples «irregularidades», sem real influência no decurso do processo) e da própria actividade instrutória, com a consequente legitimação — se não «de iure» ao menos «de facto», por falta de controlo eficaz — do uso da tortura ⁽¹⁸⁾.

(17) Ver, sobre estes princípios, Eduardo Correia: *A instrução preparatória em processo penal (Alguns problemas)*, separata do «Boletim do Ministério da Justiça», 1954, e, por último, Castanheira Neves: *Sumários do processo criminal* (1967-1968), pp. 42 ss.

(18) De resto, segundo geralmente se pensa, o nome de processo *inquisitório* provém justamente dos «quaesitores» ou funcionários encarregados

Mas (é preciso que isto se afirme claramente), este tipo de processo morreu no preciso momento em que morreu a ideologia jurídico-política do Estado-de-política ou do Estado-absoluto, que dominou a Europa continental nos séculos XVII e XVIII e à qual se encontrava indissolúvelmente ligado, só podendo reviver, contemporaneamente, em Estados totalitários de todo divorciados da ideia do Estado-de-Direito⁽¹⁹⁾. Mantendo-se fidelidade a esta ideia, quando hoje se faça apelo a um «princípio inquisitório» já *nada* se quer ver com o tipo de processo inquisitório passado, mas tão-só se quer significar o poder-dever de esclarecimento e instrução officiosos, *limitado pelo respeito integral do direito de defesa do arguido e submetido a estrito controlo judicial*. É isto que se quer significar em França, na Itália, na Alemanha, em suma, naquelas legislações que, todos o sabem, foram fonte directa (sobretudo as duas últimas) de inspiração do dec.-lei 35 007. E tanto assim que nas doutrinas daqueles países — onde aliás a confusão lamentável a que aludo nunca, tanto quanto sei, assentou arraiais — se evita cuidadosamente falar a este propósito de princípio *inquisitório* e se fala antes de *princípio da investigação* ou da *instrução*, não vá pretender-se retirar dele qualquer limitação, por mais remota que seja, do direito de defesa do arguido⁽²⁰⁾.

E assim obtemos nós a primeira conclusão relevante: se a assistência de advogado ou defensor às declarações do arguido é (como na realidade é, e à frente, sob B, se demonstrará melhor) uma pedra fundamental do direito de defesa daquele, ela em

da investigação de certos delitos e que dirigiam a tortura, cuja execução pertencia ao «tortor» (Cód. Theod., 9, 12, 1). Cfr., por outros Manzini: *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, a cura di G. D. Pisapia, 6.ª ed., 1967, n. 3 e nota 4.

(¹⁹) Muito claramente, neste sentido, H. Henkel: *Strafverfahrensrecht*, 2.ª ed., 1968, § 20. III 1. Para uma caracterização sumária deste tipo processual inquisitório, paralela à do texto, ver entre nós Eduardo Correia: *Processo criminal*, cit., pp. 55 e ss. e Castanheira Neves: *Sumários*, cit., pp. 23 ss.; e desenvolvidamente, para a Itália, Manzini: *cit.*, nn. 6 e 7, para a Alemanha, Eb. Schmidt: *Geschichte d. deutschen Strafrechtspflege*, §§ 70 ss., 104 ss., 165 ss. e 185 ss. e para a França, Esmein: *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, 1882, pp. 66 ss. e *passim*.

(²⁰) Expressamente neste sentido Henkel: *cit.*, § 23: «Instruktionsgrundsatz» ou «Untersuchungsgrundsatz», por contraposição a «Inquisitionsprinzip».

nada pode ser afectada pelo carácter «inquisitório» — *rectius*: «investigatório» — e secreto da instrução preparatória. Muito pelo contrário, é este carácter da instrução que tem de limitar-se pelo direito de defesa do arguido e, conseqüentemente, pela obrigatoriedade de assistência do advogado ou defensor às suas declarações.

b) Mas não será exacto que o carácter investigatório da instrução preparatória exclui, totalmente, qualquer *contraditoriedade* desta fase do processo? É-o, fora de toda a hesitação. Ninguém deverá duvidar, com efeito, da necessidade, feita sentir em processo penal, de uma fase inicial que exclua a contraditoriedade e, conseqüentemente, qualquer ideia de um processo de «partes» com uma contraposição material de interesses entre a entidade investigadora e o arguido. Tal é veementemente postulado, quer pelo interesse público de que o suspeito não obste às investigações e à recolha de provas ou as dificulte, quer pelo próprio interesse do arguido em não ser sujeito a um processo-crime de todo infundado e furtar-se «ao vexame de conhecer ou saber conhecidas pelo público as respectivas diligências instrumentais» (21).

Mas significará então esta ausência da contraditoriedade da instrução preparatória que a assistência do advogado ou defensor às declarações do arguido não pode permitir-se? *De modo algum*. Se me é permitido usar uma sugestiva imagem de Engisch, direi que isto teria tanto sentido como afirmar-se ser dever do Juíz manter-se imparcial num processo... que não decorre perante ele!

Com efeito, a assistência do advogado *nada* tem que ver com a realização do princípio do contraditório, mas só com a efectivação de um real direito de defesa do arguido. Não quer isto dizer, é claro, que o princípio do contraditório não possa também ser visto, em algumas das suas emanações, como um reflexo do direito de defesa do arguido. Quer sim dizer que o âmbito do direito de defesa ultrapassa de muito o âmbito

(21) Eduardo Correia: *A instrução preparatória*, cit., p. 3.

do princípio do contraditório, de sorte que muitas manifestações daquele — maxime as atinentes à *tutela da liberdade pessoal* do suspeito — nada têm que ver com este.

Ora a obrigatoriedade da assistência de advogado ou defensor às declarações do arguido em instrução preparatória não é teleologicamente justificada para que se estabeleça e respeite o contraditório — caso em que teria, pelo menos, de se impor também a presença do advogado do assistente — mas, repito ainda uma vez, para *efectivação de um real direito de defesa do arguido*. O que se pretende evitar com aquela presença, é, por um lado, a utilização de qualquer método ilegítimo de interrogatório, por outro que o arguido, na perturbação consequente ao particular «estado de necessidade» em que se encontra, possa fazer perigar os meios de defesa de que realmente dispõe⁽²²⁾. Sob pena, de outro modo (tal como sucedia no processo de tipo inquisitório), de a decantada «verdade material» que todos almejam lograr se tornar, por desconsideração do direito de defesa do arguido, em mera «verdade aparente»⁽²³⁾.

Sendo pois a assistência de advogado imposta pela consistência do direito de defesa do arguido e não pelo princípio do contraditório, torna-se imediatamente evidente que ela *não*

(22) Isto é tão evidente que toda a nossa doutrina, *una voce*, o põe em relevo: cfr. os AA. e locs. cit. supra, na nota 5.

(23) E sem esquecer que o advogado é, segundo a própria lei (cfr. só o art. 570 do Est. Jud.), um «servidor do direito», um «colaborador na alta função social» da administração da Justiça, e de nenhum modo a entidade suspeita e intrometida que uma certa praxe administrativa-policial teima em ver nele: a praxis tem de confiar — cama a lei confia — em que ele cumprirá os seus próprios deveres deontológicos.

(24) Questão inteiramente diversa é a de saber se, numa fase estritamente contraditória como a da chamada «instrução contraditória», o próprio contraditório pode ser eliminado através da utilização dos poderes dados ao Juiz pelo § único do art. 39 do dec-lei 35 007. Que sobre preceito tem de operar-se uma fortíssima interpretação restritiva — quando não correctiva para salvar não só a sua razoabilidade como a sua própria constitucionalidade, eis do que julgo não poder restar qualquer dúvida. *Qualquer que seja, porém, a posição a tomar perante ele, nunca ela afectará em nada o problema que nos ocupa*; e a razão fundamental é a apontada no texto: o art. 39 § único suscita, em primeira linha, um problema de *contrariedade*, enquanto a assistência de advogado às declarações do arguido em instrução preparatória tem que ver com uma zona problemática inteiramente diferente: a da consistência efectiva do direito de defesa do arguido na instrução preparatória.

pode em nada ser afectada pela circunstância de, na instrução preparatória, se tratar de uma fase processual «inquisitória», «não-contraditória» e onde não existem «partes» em sentido material ⁽²⁵⁾.

B. O plano jurídico-constitucional

5. Com o que fica dito tentou esclarecer-se o problema no plano em que ele é comumente posto e discutido pela doutrina portuguesa. Mas ter-se-ão, com isto, esgotado os argumentos mais relevantes que conduzem à obrigatoriedade da assistência de advogado ou defensor às declarações do arguido em instrução preparatória? Respondo, convictamente, que não, acentuando mesmo que, em meu modo de ver, o mais relevante foi até aqui calado.

O que *só por si* impõe aquela assistência é o disposto no art. 8, n. 10 da nossa Constituição Política: «Constituem direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses: Haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.» Eis aqui, em meu parecer, o mais elevado princípio de direito positivo onde se ancora a vigência actual do § 1.º do art. 244 do Código de Processo Penal.

Pressinto as objecções. Dir-se-á, antes de mais, que o referido preceito constitucional se refere, em bloco, à instrução *contraditória* e não à preparatória. Mas o argumento não convence. Fala-se ali em garantias de defesa *anteriores* à formação da culpa e esta, lógica e substancialmente, antecede a fase da

(25) No processo que fundamenta a consulta já se pretendeu argumentar com a circunstância de o art. 98 n. 4 do Código falar da falta de nomeação de defensor ao réu e não ao arguido, pelo que deveria entender-se o preceito só cabido a hipóteses em que já se encontra formada a culpa. O argumento, é evidente, não vale rigorosamente nada: o fundamento legal da assistência encontra-se, por um lado, não no art. 98 n. 4, mas no § 1.º do art. 244; e por outro lado a distinção entre réu e arguido (ou *suspetto*) é de origem estritamente doutrinária (cfr. Castanheira Neves: *Sumário*, cit., pp. 161 ss.) e não foi — como o demonstra o acórdão em análise — recebida e obedecida na nova lei processual penal.

instrução contraditória (26). Logo aqui, por conseguinte, haveremos de concluir sem mais que o preceito constitucional tem em vista duas exigências diversas: a de que se preserve o necessário direito de defesa, *antes* e depois da formação da culpa e, portanto, em *qualquer* fase processual.

Mais grave será a provável objecção de que se trata, no comando constitucional referido, por uma parte de um mero preceito *programático* cuja desobediência ou esquecimento pelo legislador comum não importa inconstitucionalidade material; por outra parte, de qualquer modo, de um preceito que se refere *em geral* ao direito de defesa do arguido e não, *concretamente*, à assistência do advogado ou defensor às declarações daquele em instrução preparatória. Uma tal objecção, porém — e gostaria de o afirmar sem ênfase —, só pode provir da mais completa ignorância de qual seja, hoje, o entendimento material a conferir aos preceitos constitucionais e às relações estritas entre aqueles e o processo penal.

Para esclarecimento cabal do primeiro ponto socorrer-me-ei da autoridade, na matéria, de Afonso Queiró e Barbosa de Melo. Asseveram estes, traduzindo o ensino dos mais modernos constitucionalistas, que:

«Uma corrente — difundida na França e também na Alemanha, antes da Constituição de Weimar e ainda durante os primeiros anos da vigência deste diploma — subordina as garantias fundamentais à parte organizatória, fazendo depender a consistência dela inteiramente da vontade do legislador, desde que formada com observância das normas da II Parte. Em face do legislador, portanto, os cidadãos estão protegidos apenas pelo processo constitucionalmente prescrito para a formação da lei, sobre o conteúdo desta reina a vontade do Parlamento. Os direitos e liberdades fundamentais poderiam servir, quando muito, para interpretar e integrar a legislação ordinária, não podendo, em caso algum, justificar uma desobediência dos juízes às leis que os contrariassem.» (27)

(26) Atente-se v. g. em que ainda em acórdão de 13-5-1970, publicado no último número do *Boletim do Ministério da Justiça* (n.º 197, p. 257), o S. T. J. afirma, com inteira correção que o despacho de pronúncia, ainda que esta seja provisória (portanto anterior à instrução contraditória) constitui, para efeitos do art. 8 da Constituição Política, *formação de culpa*.

(27) Afonso Queiró & Barbosa de Melo: *A liberdade de Imprensa e a Constituição (A propósito do dec. lei 47 340, de 6-10-1966)*, «Revista de Direito e de Estudos Sociais», 15 [1968], pp. 319 ss.

Nesta corrente só nela poderia ir buscar-se conforto para a ideia de que se trata, no n. 10 do art. 8 da Constituição, de mero preceito programático que deixa «mãos livres» ao legislador ordinário sem que isso importe inconstitucionalidade material. Esta corrente, porém, assenta numa concepção definitivamente ultrapassada:

«Uma outra corrente considera as garantias fundamentais a uma luz muito diferente. Aceita a ideia de que os direitos fundamentais exprimem uma decisão global que o Estado (Governo) tem de servir, garantindo-a e realizando (C. Schmitt). Essa ideia implica a subordinação das normas da parte organizatória às garantias fundamentais, em tais termos que uma lei, ainda que formada com estrita observância do respectivo processo, não poderá impor-se aos órgãos estaduais, se afecta o núcleo das liberdades proclamadas na Constituição.»⁽²⁸⁾

«É manifesto que a Constituição Política de 1933 optou pela doutrina exposta em último lugar, reconhecendo a primazia das garantias fundamentais sobre as normas organizatórias da II Parte.»⁽²⁹⁾

6. Temos, pois, que o necessário direito de defesa do arguido, mesmo antes da formação da culpa, é uma garantia fundamental do cidadão português. E trata-se aí, não de uma norma programática abstracta, frente à qual o legislador ordinário pode, em concreto, comportar-se como quiser sem inconstitucionalidade material; mas, pelo contrário, de um comando concreto, dirigido tanto ao legislador ordinário como ao juiz, cujo conteúdo, se não é estabelecido de uma vez por todas, possui um *núcleo essencial* cuja violação dará lugar, ipso jure, a inconstitucionalidade material que o juiz é obrigado a declarar nos termos do art. 123 da Constituição.

Resta determinar se a não-assistência de advogado ou defensor às declarações do arguido em instrução preparatória afecta o núcleo essencial das «necessárias garantias de defesa», garantidas pelo art. 8, n. 10 da Constituição. Posto o problema neste pé, julgo não poder haver dúvidas na resposta afirmativa.

(28) Id: *ibid.*, p. 220.

(29) Id: *ibid.*, p. 221.

Já vimos que o arguido não deve considerar-se, ao menos na fase da instrução preparatória, como uma «parte» em sentido material, contraposta ao Ministério Público ou a quem o substitua. Isto, porém, não significa que se possa, sem gravíssimo erro, negar ao arguido a sua verdadeira qualidade de sujeito processual»⁽³⁰⁾. E é precisamente nesta veste que lhe cabe o seu específico *direito de defesa*. Qual o «núcleo essencial» deste?

Do enquadramento que se acaba de conferir-lhe decorrem precipuamente as três notas essenciais que a generalidade da doutrina, portuguesa e estrangeira, lhe atribui: 1) o *direito de presença*, quer dizer, o direito de assistir e intervir em todos os actos processuais que contendam directa e imediatamente com a esfera das suas garantias e liberdades individuais (e que, por isso mesmo, não é desmentido pelo carácter secreto de muitas das diligências levadas a cabo em instrução preparatória, pressuposto que elas não ponham directamente em causa aquela esfera); 2) o *direito de ser ouvido* sobre todos os factos imputados de que lhe deva ser dado conhecimento (direito tão importante que nalguns países é ele autonomizado do direito de defesa e assume especificamente assento na Constituição: cfr. p. ex., o art. 103-I da Constituição de República Federal Alemã⁽³¹⁾); finalmente, 3) o direito de assistência e representação judiciária⁽³²⁾.

Eis aqui as três notas constitutivas do núcleo essencial do «direito de defesa» do arguido, sem as quais este se torna em

⁽³⁰⁾ Ver, neste sentido e entre nós, Eduardo Correia: *Processo criminal*, cit., p. 169; Cavaleiro de Ferreira: cit., I, pp. 142 ss.; Castanheira Neves: *Sumários*, cit., pp. 165 ss.

⁽³¹⁾ A literatura e jurisprudência suscitadas pela necessária concretização deste direito e pela apreciação da constitucionalidade, sob este ponto de vista, das mais diversas normas processuais são hoje inabarcáveis: cfr. só Arnd: *Das rechtlich Gehör*, NJW, 1959, pp. 6 e 1297 (*Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs*) e *Fragen des rechtlichen Gehörs*, MJW 1962, p. 25; H. Dahs: *Rechtliches Gehör im Strafverfahren*, MJW, 1959, p. 265; Eb. Schmidt: *Lehrkommentar*, I, anotação 334 ss.; Winterfeld: *Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs*, MJW, 1961, p. 869.

⁽³²⁾ Cfr. por último e por todos, entre nós, Castanheira Neves: cit., pp. 167 ss.

pura ilusão e que são, elas mesmas, pressupostos indispensáveis da realização do princípio da verdade material que, no dizer do nosso Supremo Tribunal de Justiça, constitui o verdadeiro *fin* do processo penal⁽³³⁾. A sua justificação é tão clara que mal precisará de ser, de novo, acentuada: faltando qualquer daquelas notas, na verdade, o arguido — sem a serenidade, a preparação jurídica, a objectividade necessárias para enfrentar a suspeita que sobre ele pesa — encontra-se desprotegido perante a força oficial, ainda quando esta continue consciente dos seus limites e opere dentro da mais estrita boa-fé; consequentemente a pessoa humana será, neste momento, degradada para mero instrumento de realização de interesses e fins heterónomos que a ultrapassam e que — mesmo quando se trate de fins públicos e sociais — se transformam em opressão e tirania⁽³⁴⁾. Nesta perspectiva é impossível continuar a falar de verdade material: esta tem sempre de passar pelo respeito integral da dignidade qualidade de *sujeito* do processo; quando assim não suceda a consequência inevitável, ao menos em abstracto, será, como de resto o ensina a história, o *erro jurídico*⁽³⁵⁾.

Podemos agora concluir: a nossa Constituição considera garantia dos cidadãos portugueses haver as necessárias garantias de defesa, mesmo antes da formação da culpa; o direito de assistência judiciária é uma característica pertencente ao núcleo essencial do direito de defesa, que não pode ser retirado pelo legislador ordinário sem inconstitucionalidade material: logo, a vigência do § 1.º do art. 244 do C. P. Penal é jurídico-constitucionalmente imposta, isto é, impõe-se de um ponto de vista interpretativo do acordo com a Constituição; qualquer norma ordinária onde pretendesse ver-se a revogação (implícita) do § 1.º do art. 244 seria materialmente inconstitucional, não podendo o juiz, nos termos do art. 123 da Constituição, aplicá-la.

(33) Cfr. o acórdão do S. T. J. de 22-1-1968, *B. M. J.*, 183, pp. 171 ss.

(34) Sobre este ponto, com muito interesse Schönm: *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, 1963.

(35) Sobre este ponto, principalmente, Kael Peters: *Strafprozess*, 2.ª ed., 1966, pp. 533 ss. e 587 ss.

II

O problema das consequências jurídico-processuais da falta de assistência judiciária na instrução preparatória

1. Respondida afirmativamente a questão da obrigatoriedade de assistência de advogado ou defensor officioso às declarações prestadas pelo arguido em instrução preparatória, pergunta-se agora: violada aquela obrigação, quais as consequências processuais daí resultantes? A questão foi tão esgotantemente considerada no presente processo e as teses principais defendidas com tanto brilho no acórdão em análise, no voto de vencido que o acompanha e nas alegações do Procurador de República e do arguido para o Supremo Tribunal de Justiça, que será permitido exprimir-se, a esse respeito, o mais conscientemente que possível for.

No domínio integral de vigência do Código a solução do problema não suscitaria dificuldades especiais (embora tenha para mim que já aí, sob certos pontos, ela não seria totalmente líquida). Dispondo-se nele que a falta de nomeação de defensor ao réu, quando necessária, constitui nulidade (art. 98, n. 4), e que esta deve ser arguida no prazo de cinco dias a contar da junção da procuração aos autos (§ 5.º do art. 98), o despacho que conhecesse da arguição, sendo um despacho do juiz, obtinha nos termos gerais (art. 148 ss.) autoridade de caso julgado e era, também nos termos gerais (art. 645 ss.), recorrível. Ao transitarem porém para o Ministério Público, por força do dec.-lei 35 007, e para a Polícia Judiciária em certos casos, pelo dec.-lei 35 042, os poderes e as funções que o Código cometia ao juiz na fase da instrução preparatória, um intrincado problema surgiu: qualquer despacho do Ministério Público ou de quem, na Polícia Judiciária, tome o lugar do juiz assume características judiciais, nomeadamente força de caso julgado e recorribilidade? E, em particular, assume estas características o despacho que desatenda a arguição da nulidade prevista no n. 4 e § 5.º do art. 98 do Código?

a) Segundo uma tese — que podemos chamar, grosso modo, «administrativa» — a força do caso julgado e a recorribilidade

são características exclusivas da decisão que promana do *juiz*: só a pessoa deste, com a sua característica independência, pode proferir uma decisão material judicial.

b) Segundo uma outra tese — que, por oposição à anterior, podemos apelidar de «judicial» — a força de caso julgado, e também a recorribilidade, são características que se ligam a uma *decisão* como tal, isto é, ao carácter *decisionista* de um acto e não ao critério formal da autoridade de que o acto promana, ao facto de ele ser ou não acto de um juiz ⁽⁸⁶⁾.

No presente processo as posições do Procurador da República e da opinião que fez vencimento na Relação estão próximas da primeira tese, as do arguido e do desembargador vencido próximas da segunda. Serão elas as duas únicas defensáveis? E, em caso afirmativo, por qual optar?

2. A querela tem sido reconduzida, antes de mais, a uma confrontação de um pensamento conceitualista e nominalista, todo preocupado com a entidade donde promana o acto (que transparecia na tese «administrativa»), com um pensamento teleológico, material e normativo só preocupado com a natureza substancial do próprio acto (que se evidenciaria na tese «judicial»).

Resolver todo o problema logo neste plano, com a inevitável preferência da segunda tese, constituiria porém, a meu ver, perigosa simplificação. Pois há que atentar, na verdade, em que o que preocupa a primeira tese não é (ou pelo menos *não deve ser*) tanto o «nome» da entidade donde o acto promana, a circunstância de se não tratar aí de um juiz, mas sim a falta de garantia daquelas qualidades que, como a objectividade e imparcialidade da decisão, só são materialmente asseguradas à pessoa do juiz através do princípio jurídico-constitucional da *independência da magistratura judicial* (Constituição, arts. 119 e 120). Qualidade que, faltando na magistratura do Ministério Público e, ainda mais declaradamente, nos funcio-

(86) Toda esta problemática se encontra amplamente tratada a outro propósito — o do despacho de arquivamento — por Eduardo Correia, no seu já cit. estudo na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*.

nários policiais, tornariam perigosíssimo conferir às suas decisões o valor que, por lei, pertence só às decisões judiciais.

Esta consideração é, a meus olhos, integralmente de aceitar. Quando porém nela se atente e, ainda mais, quando ela se aplique ao caso da consulta, logo se verifica que ela não favorece a tese «administrativa», antes justamente a condena. Pois se com a independência dos juizes contrasta a dependência do Ministério Público, isso só pode significar que a decisão deste há-de ter menor valor que a daqueles e que há-de ser portanto *muito mais estritamente controlável* do que a daqueles, maxime *quando ela penetra na esfera das liberdades individuais, sobretudo das constitucionalidades garantidas*. Ora, se se considera o despacho do Ministério Público ou da Polícia Judiciária irrecorrível, isso significa que ele ficará só sujeito a controlo hierárquico — que não é verdadeiro controlo por ser feito «em causa própria» — e obterá portanto uma força muito maior do que a cabida a um despacho do juiz! Uma consequência, sem dúvida, insuportável por submeter afinal a força dos juizes à dos funcionários e frustrar, deste modo, os mais relevantes fins de qualquer Estado-de-Direito.

Já, pois, a partir daqui se argumentará, não conceitual mas teleologicamente, a favor da tese «judicialista» e contra a tese «administrativista». Argumentação que só se reforça quando se atenta em que o nosso legislador nunca se deixou conduzir, no problema da atribuição da força de caso julgado, pela consideração (tão cara a outros sistemas) da entidade donde promana o acto, mas pela natureza substancial deste; que foi sem dúvida esta a razão motivadora do já citado assento que considerou como judiciais os actos do Ministério Público tendentes à interrupção da prescrição; e que, finalmente, não terá sido diferente a causa de o dec.-lei 35 007 ter feito transitar para o Ministério Público não só as funções mas igualmente os *poderes* que o Código atribuía ao juiz na fase da instrução preparatória ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Sobre tudo isto Eduardo Correia: *cit.*, e Castanheira Neves: *cit.*, pp. 154 ss.

3. Na senda da interpretação teleológica que vem sendo tentada cumprir, porém, não parar aqui e argumentar, declaradamente, «a partir do resultado». É a primeira ou a segunda das teses em disputa aquela que conduz a consequências jurídico-processuais mais justas e razoáveis? Vejamos.

Segundo a esse «administrativa», seguida pelo acórdão em análise, o poder judicial tem que assistir, sem possibilidade de reacção directa, mesmo à mais clara e terminante violação do direito constitucional e processual de defesa do arguido. O poder judicial, que no dizer exacto já referido do nosso Supremo é o definitivo guardião das liberdades individuais — coisa que, aliás, decorre precipuamente do próprio art. 123 da Constituição —, vê-se assim degradado, se não tivermos receio das palavras, à condição de «comparticipante por omissão» em qualquer eventual violação, por parte de funcionários, de um direito fundamental constitucionalmente garantido.

É certo que podem ainda ficar à sua disposição meios de reacção *indirectos*. O tribunal não aprecia qualquer nulidade — tudo se passando pois, no plano judicial, como se ela não tivesse existido — mas pode, como v. g. no nosso caso, desconsiderar totalmente as declarações do arguido e chegar, por aí, à falta de indícios suficientes legalmente necessários para fundamentar a pronúncia. Um tal «atalho» é porém, quanto a mim, claramente de repudiar. Deixa-se assim em aberto, na verdade, a *possibilidade* de os indícios recolhidos, independentemente das declarações do arguido, bastarem à acusação e pronúncia — ficando deste modo sem sanção processual a mais grave violação que pode cometer-se em processo penal: o desrespeito do direito constitucional de defesa do arguido.

Convém de resto acentuar que, mesmo sem sair do âmbito da tese que subscreve, o acórdão poderia e deveria legalmente ir mais longe: se na defesa do arguido se trata de um direito constitucionalmente garantido; e se é peça essencial deste direito a assistência de advogado ou defensor às declarações daquele; então a falta de assistência constitui um vício processual que, independentemente de ser ou não arguido dentro do prazo, inquinna todo o procedimento criminal, tornando-o (não só pro-

cessual como constitucionalmente) *inadmissível*. Ora, nos termos claros do dec.-lei 35 007, a «inadmissibilidade legal do procedimento criminal» é fundamento bastante para rejeição da acusação⁽³⁸⁾; e a ninguém custará aceitar que o *poder* de rejeição do juiz deva transformar-se em *dever* quando aquela inadmissibilidade derive da violação de um direito constitucionalmente garantido.

Outra via ainda seria a preconizada no voto de vencido, ao defender «que do reconhecimento da ilegalidade das declarações e interrogatórios do arguido se extraíssem as devidas consequências: a declaração da nulidade de tais actos e dos posteriores com aqueles ligados, nomeadamente de acusação e pronúncia». O que seria possível de conseguir, aliás, ainda sem subscrever a tese «judicialista»: bastaria considerar que a referida ilegalidade se traduz, afinal, na «insuficiência do corpo de delito» e na omissão de «diligências que devam reputar-se essenciais para o descobrimento da verdade», uma vez que, como atrás se mostrou, a assistência do advogado ou defensor não visa realizar o princípio processual do «contraditório» mas assegurar as condições necessárias à descoberta da «verdade material». Esta nulidade, contemplada no n. 1 do art. 98 e no seu § 2.º — com as consequências ditadas em geral pelo § 1.º —, poderia ser sempre conhecida pelo tribunal, mesmo independentemente de reclamação dos interessados, ao menos até ao trânsito em julgado da pronúncia (cit. § 2.º e art. 99).

Nada disto, porém, é a meus olhos bastante para ofuscar a vantagem que, no plano das consequências processuais a que conduz, pertence à tese «judicial» sobre a «administrativa». Se, na verdade, se considerarem como *judiciais*, também para o efeito da sua recorribilidade nos termos do art. 645 do Código, os despachos proferidos pelo Ministério Público ou pela própria Polícia em matéria substancialmente judicial, teremos então encontrado a extensão óptima de controlo de qualquer eventual violação do direito de defesa do arguido, constitucionalmente

(38) Cfr., para a acusação provisória, expressamente, o art. 31 do dec.-lei 35 007; e para os outros casos, além do mais, o argumento por maioria de razão que logo daquele preceito legitimamente se retira.

garantido: ou o arguido, por sua iniciativa, argui a nulidade derivada daquela violação, provocando um despacho que deverá ser considerado, nos termos gerais, uma decisão à qual cabem as características do caso julgado e da recorribilidade (arguição que deverá ter lugar dentro do condicionalismo e dos prazos fixados nos arts. 98 e 99 do C. P. Penal); ou não a argui e a violação do direito de defesa só poderá ser conhecida através dos efeitos que provoque no ulterior desenvolvimento do processo, maxime na acusação e na pronúncia.

4. Todavia, e mais uma vez, não é isto tudo, nem o mais importante que, relativamente a uma hipótese como a da consulta, deverá dizer-se a favor da tese da recorribilidade dos despachos do Ministério Público ou da Polícia. De novo o mais importante se deparará a um nível mais elevado: ao nível do direito constitucional.

Antes que claramente o demonstremos urge porém fazer uma prevenção; quando se fala aqui da recorribilidade de despachos do Ministério Público não se tem em vista *qualquer* despacho proferido no decurso da instrução preparatória, mas só aquele que *decida* qualquer questão atinente ao direito de defesa do arguido e, portanto, *directamente relacionada com a tutela da sua liberdade pessoal e dos seus direitos e garantias fundamentais*. Até porque só estas serão verdadeiras «decisões» no sentido exigido para que possam suscitar o problema da sua judicialidade⁽³⁹⁾ — o que aliás desde há muito vem a ser reconhecido pela doutrina processualista penal portuguesa ao criar, a este propósito, a categoria da «quase-jurisdição»⁽⁴⁰⁾.

Pois bem. Afirma o art. 116 da Constituição Política, na sua primeira parte, que «a função judicial é exercida por tribunais ordinários e especiais». Daqui logo decorre que, ao nível jurídico-constitucional, a função judicial não pode definir-se através do critério formal da entidade que a exerce, sob pena de o texto referido se tornar pura e simplesmente tautológico: a fun-

(39) Eduardo Correia: *O despacho de arquivamento*, cit., pp. 50 ss.

(40) Cfr. os relatórios dos dectrs- lei 35 007 e 35 042; e Cavaleiro de Ferreira: *cit.*, II, pp. 428 ss.

ção exercida por tribunais ... é exercida por tribunais! A única interpretação possível é, pois, a de que o texto constitucional define a função judicial materialmente, *segundo o seu objecto*; ele quererá significar então que toda a função que, segundo o seu objecto (isto é: segundo a *natureza material dos actos*), deva considerar-se judicial só pode ser exercida por tribunais ordinários e especiais, quer dizer, só pode pertencer *ao juiz* enquanto tal.

Ora se, por outro lado, todos os conflitos surgidos a propósito de actos praticados em instrução preparatória e respeitantes ao direito de defesa do arguido e à tutela das suas liberdades fundamentais constituem, materialmente, objecto da função judicial, temos então exposto com nitidez o dilema com que nos deparamos no processo penal português vigente: ou consideramos tais actos, ainda que praticados pelo Ministério Público ou pelos directores e subdirectores da Polícia Judiciária, como verdadeiros actos de juizes para o efeito de lhes conferir as notas da força de caso julgado e da recorribilidade — *e fica preservada a constitucionalidade dos preceitos que a tais entidades atribuíram competência para exercer funções materialmente judiciais*; ou, pelo contrário, vemos naqueles actos tão-só o produto do exercício de uma função «administrativa» pelas entidades referidas, que assim foge ao controlo e à força próprias da função judicial — *e a inconstitucionalidade material dos preceitos em questão será irremissível*.

Posto assim o dilema, a preferência pela primeira solução parece-me inquestionável.

Nesse sentido falará, antes de tudo, o mandamento, amplamente reconhecido pela doutrina contemporânea, de que a interpretação da lei ordinária seja levada a cabo «*em conformidade com a Constituição*» (41). Significa isto, como se sabe, que de duas interpretações literalmente possíveis de uma lei ordinária, tem o aplicador de preferir aquela que conduz à compatibilidade da disposição legal interpretada com a Constituição e os

(41) Veja-se, por todos, English: *Introdução ao pensamento jurídico* (trad. port. de J. Baptista Machado), 1965, pp. 120 e 285, com esgotantes indicações bibliográficas a propósito.

seus princípios. No nosso caso, pois, não poderá duvidar-se da preferência a conceder a uma interpretação «judicial» da transferência, para o Ministério Público e para os directores da Polícia, dos poderes e funções que o Código atribuía ao juiz na fase da instrução preparatória, com a inevitável consequência de se conferir às decisões daqueles as notas da recorribilidade e da força de caso julgado.

Em segundo lugar, como já para trás ficou revelado, é esta, aliás, a interpretação que, mesmo literalmente, melhor cabe ao § 2.º do art. 12 do dec.-lei 35 007, por isso que ele fala não só das funções como dos *poderes* que o Código atribuía ao juiz. Do mesmo modo, de resto, o dec.-lei 35 042, ao acentuar no seu art. 8 que só aos directores e subdirectores da Polícia Judiciária cabem as funções pelo Código reservadas ao juiz na instrução preparatória, e ao afirmar, no seu relatório, que se trata aqui de funções quase-jurisdicionais, por ser judicial o seu objecto, permite que a estas entidades se estenda o defendido relativamente ao Ministério Público e que, assim, se salve a constitucionalidade da aludida disposição legal.

Em terceiro lugar, o próprio parecer, já referido, da Procuradoria-Geral da República, de 2-9-1946 ⁽⁴²⁾, não deixa de favorecer a interpretação em conformidade com a Constituição, aqui intentada; e o mesmo se dirá, porventura ainda com maior razão, do parecer da mesma Procuradoria de 26-11-1948 ⁽⁴³⁾. O primeiro, referindo-se a actos análogos àquele que aqui se discute, como são sem dúvida os atinentes à prisão sem culpa formada (análogos porque também aí qualquer decisão tomada respeita ao direito de defesa do arguido e à tutela das suas liberdades e garantias fundamentais), fala na organização de um «processo judicial» para a sua confirmação, sendo certo todavia que o titular do poder decisório pode ser o director ou subdirector da Polícia Judiciária. O segundo, ainda mais claramente, acentua, ao mesmo propósito do anterior, que o preso é entregue ao

(42) No *Boletim do Ministério da Justiça*, 3 [1946], pp. 95 ss.

(43) No *Código de Processo Penal actualizado* de Eduardo Correia & Furtado dos Santos, 1.ª ed., 1952, pp. 930 ss.

juiz — director ou subdirector da Polícia Judiciária — e «fica daí por diante *sob a égide do poder judicial*».

A prova é, em suma, concludente: os preceitos da nossa lei ordinária obrigam, todos eles, a uma sua interpretação «em conformidade com a Constituição», que evita o conflito aberto, e a inconstitucionalidade material daí resultante, com o disposto no art. 116 da nossa lei fundamental. Isso significa que há que ver em qualquer decisão, do Ministério Público ou do director ou subdirectores da Polícia Judiciária, que se entretença com os direitos constitucionais de defesa do arguido e da tutela da sua liberdade pessoal, *uma verdadeira decisão judicial, com as suas consequências características substanciais da força de caso julgado* (art. 148 ss. do C. P. Penal) e da *recorribilidade* (art. 645 ss. do mesmo Código).

5. Dir-se-á agora que uma tal solução suscita, ou pode pelo menos em concreto suscitar, particulares dificuldades de articulação do regime do dec.-lei 35 007 — a este propósito quase por inteiro lacunoso — com o do Código, construído sob o pressuposto de que só as decisões do *juiz* seriam verdadeiramente judiciais. Estou pronto a ser o primeiro a reconhecê-lo.

Simplemente, a eliminação de tais dificuldades e atritos só pode verdadeiramente inscrever-se num plano *ad legem ferendam*; e todos haveremos de convir que dar inteira satisfação a tais aspirações é uma tarefa inadiável do poder legislativo português. No plano *de lege lata*, porém, terá o aplicador de socorrer-se da utensilagem jurídica à sua disposição (e em geral permitida, dentro de larguíssimos limites, pelo § único do art. 1.º do Código) para diminuir os atritos e resolver, até onde for possível, as dificuldades. *Ponto é que não esqueça em nenhum momento ser este o preço razoável que tem a pagar pelo asseguramento da constitucionalidade de muitas das disposições dos decs.-lei 35 007 e 35 042* (para falar só daqueles que interessam ao caso sub *judice*) e, também, por uma autêntica dignificação, tanto da magistratura do Ministério Público como da judicial em sentido estrito.

Quando isto se não perca de vista, não se vêem dificuldades

intransponíveis que barrem o caminho de uma correcta solução do caso da consulta: houve, da parte da Polícia, nítida violação do direito constitucional de defesa do arguido; este arguiu a nulidade dos actos praticados em contravenção daquele direito, sobre a matéria recaindo um despacho (judicial) do Subdirector da Polícia Judiciária; deste despacho há recurso nos termos gerais da lei processual penal, tanto para a Relação como (restritamente às questões de direito) para o Supremo Tribunal de Justiça.

III

Considerações finais

1. No presente processo discutem-se algumas das mais relevantes e significativas questões que em direito processual penal podem suscitar-se. Sobre elas recaiu um dos mais importantes e bem elaborados acórdãos que entre nós se podem conhecer; é justo, pois, que se compreenda e realce o esforço nele realizado — e que isso se compreenda e realce mesmo quando, em concreto, se entenda discordar de alguma das suas proposições.

Entrando as questões nele discutidas na órbita de competência do Supremo Tribunal de Justiça, há o direito de esperar que o processo termine por uma decisão fundamental, daquelas que rasgam novos caminhos não só à realização prática e viva do Direito, mas também à própria doutrina. Será apenas questão, para tanto, que os problemas se afrontem na sua verdadeira sede: a *jurídico-constitucional*. Só quem se mantém de todo ignorante da mais moderna problemática do processo penal desconhece que noutros países, maxime na Alemanha e na Itália, os tribunais constitucionais estão a aferir, grão a grão, da constitucionalidade do mais ínfimo pormenor da regulamentação processual penal (⁴⁴). Seria uma singularidade inexplicável que

(⁴⁴) Ao ponto de os mais timoratos, na Itália, falarem já (*sem por isso, todavia, lhe negarem o seu acordo*) de uma «demolição», pedra por pedra, do Codice di Procedure Penale por parte da Corte Costituzionale: cfr. A. Santoro: *Scuola positiva*, 1970, p. 469; v. também *Riv. ital. di diritto e procedura*

entre nós (onde existe um dos mais perfeitos e liberais sistemas de fiscalização judicial da legalidade constitucional: art. 123 da Constituição) a jurisprudência esquecesse de toda aquela sua função fiscalizadora.

B. A obrigatoriedade de assistência de advogado é imediatamente imposta pelo n. 10 do art. 8 da Constituição Política,

E se assim é, pode terminar-se afirmando que o Supremo Tribunal de Justiça tem na mão, ao decidir este processo, algo de decisivo para a vida de todo o cidadão português e, mesmo, para a compreensão das relações entre este e a comunidade política: tem na mão o pêndulo que permitirá aferir do trajecto do Estado português em direcção a um ultrapassado *Estado-de-Polícia* ou antes a um verdadeiro *Estado-de-Direito*.

2. No que concerne, especificamente, às questões principais tratadas no decurso deste parecer, deixam-se elas reduzir às seguintes proposições conclusivas:

A. Segundo o direito português actual tem de considerar-se em vigor o § 1.º do art. 244 do C. P. Penal e, conseqüentemente, é obrigatória a assistência de advogado ou defensor officioso às declarações prestadas pelo arguido em instrução preparatória. Na verdade:

a) O § 2.º do art. 12 do dec.-lei 35 007 e os arts. 7 e 8 do dec.-lei 35 042 obrigam a considerar que as funções e poderes que ao Ministério Público e à Polícia competem na instrução preparatória são exercidos, em princípio, dentro do mesmo *condicionalismo legal* que para o juiz era previsto pelo Código de Processo Penal;

b) Não foi intenção daqueles diplomas legais substituir um regime de estrita *legalidade* da investigação, a cargo do juiz,

penale, 1970, p. 626, uma imponente relação — aliás muito longe de ser completa — desta jurisprudência constitucional (só no respeitante, de resto, ao *direito de defesa*) e da doutrina a que deu lugar. Uma boa ideia de todo este movimento jurisprudencial é dada igualmente no já cit. livro de Conso: *Costituzione e processo penale*. Sobre o movimento paralelo na Alemanha informa suficientemente a literatura atrás citada sobre o «*rechtlich Gehör*» (nota 31).

por um regime *arbitrário e incontrolável* judicialmente, a cargo do Ministério Público ou da Polícia;

c) O carácter secreto e não contraditório da instrução preparatória não afecta a conclusão, por isso que a assistência de advogado às declarações não tem em vista assegurar o conhecimento do processo ou a sua contraditoriedade, antes é emanação directa do *direito de defesa do arguido*;

d) Pela mesma razão não afecta a conclusão o disposto no art. 39, § único, do dec.-lei 35 007; nem, muito menos, por absolutamente insignificativa, a circunstância de o art. 98 n. 4 do Código se referir ao «réu» e não ao «arguido» ou «suspeito».

B. A obrigatoriedade de assistência do advogado é imediatamente imposta pelo n. 10 do art. 8 da Constituição Política, quando assegura como *direito fundamental do cidadão* haver «antes e depois da formação da culpa, as *necessárias garantias de defesa*». Na verdade, o direito de assistência do defensor é um componente indefectável do *núcleo essencial* da garantia de defesa; por isso, qualquer norma onde se visse excluído aquele direito de assistência na instrução preparatória seria *materialmente inconstitucional*.

C. Verificada a omissão de assistência do advogado às declarações do arguido em instrução preparatória, o procedimento criminal torna-se processualmente «*inadmissível*», pelo que, nos termos do art. 31 do dec.-lei 35 007, a consequente acusação deve ser *rejeitada*. Isto quando se não prefira considerar que aquela omissão conduziu à *insuficiência do corpo delito* e à consequente nulidade prevista pelo n. 1 do art. 98 do Código, com o regime assinalado nos §§ 1.º e 2.º do mesmo artigo e no art. 99.

D. Independentemente da conclusão anterior, aquela omissão conduz à *nulidade* prevista no n. 4 do art. 98, com o regime assinalado no § 5.º do mesmo artigo. Esta nulidade pode ser arguida perante o delegado do Ministério Público ou o director ou subdirector da Polícia Judiciária, sendo o despacho que

da arguição conheça considerado como «judicial», tanto para efeitos de *caso julgado* como de *recorribilidade* (respectivamente arts. 148 ss. e 645 ss. do Código).

E. O carácter «judicial» deste despacho, para os efeitos referidos, é imposto por uma *interpretação em conformidade com a Constituição* dos preceitos que para ele conferem competência ao Ministério Público ou ao director e subdirector da Polícia Judiciária; de outro modo tais preceitos entram em conflito frontal com o art. 116 da Constituição Política e terão de ser considerados *materialmente inconstitucionais*.

Tal é, salvo melhor juízo, o meu parecer.

Coimbra, Dezembro de 1970.