

«O DIREITO DE DEFESA NA INSTRUÇÃO PREPARATÓRIA
DO PROCESSO CRIMINAL» (*)

Pelo Dr. *J. A. Pires de Lima*

I

1. No decurso da Instrução Preparatória de um processo crime a partir de certa altura pendente na Subdirectoria da Polícia Judiciária do Porto, foi ouvido e, seguidamente preso preventivamente, por ordem do Subdirector daquela polícia, o arguido Dr. José Freire da Cruz Queiroz.

Por diversas vezes, o arguido prestou declarações na Polícia Judiciária, sem assistência de advogado ou de defensor officioso.

Não chegou o arguido a ser interrogado pelo Subdirector da Polícia Judiciária, quando lhe foi apresentado para a validação da prisão preventiva.

Quando o advogado do arguido preso juntou procuração, invocou tempestivamente a nulidade do n.º 4 do artigo 98.º do Código de Processo Penal e, alegando diversos fundamentos, pediu a libertação do arguido e a anulação das declarações do mesmo e dos actos posteriores affectados.

O Ex.º Subdirector da Polícia Judiciária indeferiu todo o requerimento.

Deste despacho foi interposto recurso, mandado subir com o que viesse a ser interposto do despacho de pronúncia.

Pronunciado definitivamente o arguido, entretanto libertado sob caução, interpôs recurso deste despacho e, após trâmites que não interessam, veio o Mermo. Juiz da Comarca competente reparar os agravos interpostos do despacho da Polícia Judiciária e de pronúncia, revogando os dois despachos e, consequentemente, despronunciando o arguido.

Recorreu então para o Tribunal da Relação do Porto o Ex.º representante do M.º P.º

Por douto acórdão da Relação do Porto, que adiante se analisará, foi mantida a despronúncia e julgada procedente a nulidade invocada pelo

(*) Parecer junto a um Processo de Recurso no Supremo Tribunal de Justiça.

arguido e prevista no n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal, por falta de presença de advogado nos interrogatórios.

Contudo, o Tribunal da Relação revogou o despacho do Mm.º Juiz da Comarca, que havia por sua vez revogado o despacho proferido pelo Ex.º Subdirector da Polícia Judiciária, considerando não terem os tribunais competência para anular ou mandar repetir actos de instrução.

O douto acórdão da Relação suscitou dois recursos: um, interposto pelo Digno Agente do M.º P.º, tendo por objecto a despronúncia e a anulação dos actos de instrução com base no disposto no n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal; outro, interposto pelo arguido, tendo por objecto a parte do acórdão que revogou o despacho do Mermo. Juiz da Comarca, não conhecendo o recurso interposto do despacho do Ex.º Subdirector da Polícia Judiciária.

2. Duas questões são submetidas ao Supremo Tribunal de Justiça:

- a) a da competência dos tribunais comuns para conhecerem, por via de recurso, dos actos de instrução preparatória praticados pelas entidades policiais (no caso concreto, a da recorribilidade do despacho do Subdirector da Polícia Judiciária) e
- b) a da existência e efeitos da nulidade prevista no n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal — a falta de assistência de advogado aos interrogatórios dos arguidos durante a instrução preparatória.

Sobre estas questões foi pedido o nosso parecer.

Não será exagero afirmar que a resolução dos problemas que os dois recursos suscitam equivale a definir toda a estrutura do processo penal e do próprio aparelho judiciário, não podendo, portanto, ser encarada como simples questão de técnica jurídica, como já tem sido entendido.

A gravidade e amplitude dos problemas levantados, por um lado, a obscura redacção de certos textos legais, por outro, obrigam a um esforço de técnica interpretativa que não pode dispensar a razão, o espírito crítico, de forma a permitir a compreensão do preceito aplicável.

Dai, não ser possível resolver as questões postas pelos dois recursos, sem resolver outras questões.

II

QUESTÕES LEVANTADAS PELO RECURSO DO ARGUIDO

INTRODUÇÃO

O Acórdão recorrido não conheceu do recurso interposto do despacho proferido pelo Ex.º Subdirector da Polícia Judiciária e que manteve a prisão preventiva do arguido, com os fundamentos seguintes:

- a) Dependem as autoridades policiais do Poder Executivo;
- b) Serem os actos de instrução, actos de administração, subtraídos ao controle judicial pela via de recurso de anulação.

Na tese do douto Acórdão recorrido, a Polícia Judiciária depende directamente do Governo, através do Ministério da Justiça (art. 24.º do Decreto-Lei n.º 35 042) e, por outro lado, as funções que a lei atribuía ao Juiz durante a instrução preparatória — excluídas as funções de julgamento — passaram a pertencer ao director e subdirectores da Polícia Judiciária pelo que respeita à libertação e manutenção da prisão dos arguidos e à aplicação provisória de medidas de segurança, nos termos do art. 8.º do mesmo diploma.

Tanto bastaria para concluir que os Tribunais não podem censurar os actos de instrução da Polícia Judiciária, confirmando-os ou revogando-os.

Tal censura estaria ainda impedida pelos arts. 24.º e 33.º do Estatuto Judiciário e pelo art. 37.º do Código de Processo Penal.

Duas questões suscita esta parte do Acórdão da Relação:

- a primeira é a da divisão dos Poderes ou Funções do Estado;
- a segunda é a da natureza dos actos de instrução.

A — O PROBLEMA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

A FUNÇÃO JUDICIAL

1. A divisão das funções do Estado tem sido considerada segundo três critérios principais:

- critério técnico ou de base sociológica;
- critério jurídico ou pré-constitucional e
- critério funcionalista — da teoria funcionalista moderna (Maurice Duverger, in *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* — Col. Thémis — págs. 166 e segs.).

O critério técnico, separa as funções do Estado segundo as necessidades de *divisão do trabalho*, de acordo com o principio da eficácia e especialização das tarefas do Governo (sentido amplo, por forma a abranger todas as autoridades soberanas).

É o critério adoptado hoje na U. R. S. S., por exemplo (Duverger — *op. cit.*, págs. cit.).

As funções do Estado podem, porém, ser concebidas como elementos constitutivos do próprio Estado, distinguindo-se umas das outras segundo um critério cuja finalidade é a limitação da margem de arbítrio que sempre existe no exercício do poder soberano.

A ideia inicial da adopção deste critério filia-se na construção filosófica de Locke, Rousseau e Montesquieu e deu origem à teoria tradicional da separação dos poderes do Estado, em poder legislativo, executivo e judicial e à recíproca limitação entre eles.

Visava inicialmente limitar o Poder Absoluto nas Monarquias dos sécs. XVII e XVIII.

Como salienta Duverger, serve essa teoria, hoje, tanto para evitar os abusos do poder em regimes autoritários, como nos regimes democratas, sendo nestes invocada pelos conservadores que pretendem limitar o poder do Parlamento, representativo da vontade popular.

A evolução do Estado moderno levou à construção da teoria funcionalista, produto do compromisso entre as duas teses anteriormente expostas, e que visa explicitar o aparecimento de uma função global do Estado: a função de integração social.

Esta última tese, se permitia quebrar a estreiteza da tradicional classificação tripartida dos poderes de Estado, corria o risco de cair na simples divisão de trabalho dos órgãos da soberania, com finalidade técnica e puramente utilitária, criando uma função global justificativa do arbítrio do poder, com os perigos do abuso consequente.

Por estas razões, considerando a insuficiência da teoria tradicional, tentaram-se outras divisões, capazes de assegurar, por um lado a limitação dos poderes soberanos do Estado, por outro a necessidade de especialização das funções.

Qualquer destes objectivos se alcançaria, como é óbvio, com a repartição das funções especializadas por órgãos soberanos diversos e autónomos uns dos outros.

A dificuldade é fazer coincidir a divisão dos órgãos com a das funções, sem sacrificar uma à outra.

Para superar a dificuldade, aparecem os que distinguem os órgãos com poder de decisão, dos que têm poderes de execução, de controle e de simples consulta.

Também se distinguiu o Poder Governamental, com função de impulso e planeamento, do Poder Deliberativo com funções de limitação e reivindicação.

Outros autores distinguiram as funções dos órgãos de soberania (Poder Político), das funções dos restantes órgãos (Poder Administrativo).

Como é evidente, *poder e função* são expressões usadas ora como sinónimas, ora como sendo a primeira o órgão e a segunda a actividade, embora, rigorosamente, o poder seja o meio de exercer a função e esta uma actividade específica do Estado.

2. Entre nós, o Prof. Marcello Caetano faz a crítica da divisão tripartida das funções do Estado, tanto na sua fórmula tradicional de separação e inter-limitação dos Poderes, como na fórmula tradicional de Duguit elaborada a partir dos actos jurídicos.

Marcello Caetano considera que as Funções do Estado não se podem reduzir à criação e aplicação do Direito e que «o Estado já não é o simples Estado de Direito», visto ter a seu cargo actividades não jurídicas, mas culturais e económicas.

O conceito de Estado de Direito substitui-se hoje pelo «Estado Cultural», «Estado Ético», «Estado Social» (expressão tão em voga entre nós) e «Estado Bem-Estar».

Para o citado Professor, a função de Estado aparece como «actividade especifica, complementar de outras actividades também especificas cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado» (*Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* — 5.ª ed. — pág. 137).

Quanto aos poderes do Estado é, deste modo, reduzida a uma mera questão de especialização de funções ou divisão de trabalho.

Quanto aos poderes do Estado, na acepção usual e técnica da expressão, não significariam mais do que os órgãos ou sistemas de órgãos pelos quais é repartido o exercício das faculdades de soberania, segundo critérios pragmáticos.

Como este autor diz, olhando apenas à eficiência sob o ponto de vista do funcionamento do sistema político ou da garantia da liberdade individual, saber quais sejam esses órgãos ou quantos devam ser, passa a ser mera questão de *arte política* (*op. cit.*, pág. 181).

Quanto às funções, o Prof. Marcello Caetano, distingue as políticas e técnicas (não jurídicas) das funções jurídicas.

A função política seria a actividade dos órgãos do Estado cujo objecto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução de interesse geral mediante a livre escolha dos meios ou das soluções consideradas preferíveis (*op. cit.*, pág. 156).

Subtraída esta função aos limites do Direito Objectivo e atribuída a um dos órgãos da soberania — o Governo — nenhum outro limite existiria à acção política deste órgão de soberania além do Direito Natural.

Os fins justificam os meios.

«A função política embora deva obedecer aos imperativos superiores do Direito Natural e corresponder no seu exercício às condições e aspirações do Povo, não é susceptível de limitação efectiva obtida mediante processos jurídicos» (Marcello Caetano, *op. cit.*, pág. 305).

Sendo assim, as garantias políticas da limitação do poder são a divisão ou separação dos poderes, a publicidade dos actos dos Governantes para permitir a formação da opinião pública, a participação dos Governados na designação dos Governantes e na elaboração das leis... (*op. cit.*, pág. 305).

E, o autor confessa que «estas garantias são precárias e falíveis, visto serem manifestações do próprio poder soberano» (*idem, idem*).

3. Esta tese, como já se viu, tem o defeito de reduzir a questão da *separação de poderes* ou órgãos de soberania a um problema de *arte política* e a da *divisão de funções* a mera *divisão de trabalho* ou especialização técnica de tarefas.

Porém, a separação das funções do Estado não é o resultado na divisão de trabalho e a filosofia política ensina que, para garantir as liberdades, não há outro meio senão o de organizar as instituições por forma a que o

«Poder trave o Poder» e, para tal, há que distribuir as funções e os meios de sua realização por órgãos independentes entre si.

O problema prende-se com a própria finalidade do Estado não totalitário: servir o indivíduo através da sociedade.

Não faz sentido a crítica movida por Marcello Caetano à divisão jurídica das funções do Estado.

A distinção entre funções jurídicas e não jurídicas assenta em critério meramente político e não passa de uma tentativa para explicar a substituição do Direito pela Força no Moderno Estado Autoritário.

Confunde-se aqui o problema concreto da distinção do jurídico e não jurídico para a solução específica da questão das funções do Estado com o problema dogmático geral dessa distinção.

Porque o Estado tem uma acção arbitrária, chama-se-lhe política, como se ela não tivesse um significativo jurídico, referenciado à organização total do Estado, aos valores que a conduta deste encerra e aos fins que prossegue.

Dá-se como resolvido em termos gerais um problema que é apenas enunciado: o da dicotomia Facto-Direito (o método não é novo e aparece denunciado agudamente por Castanheira Neves na sua obra *Questão de Facto — Questão de Direito* —, págs. 18 e segs., nota 11).

A contraposição da função jurídica à política parece querer justificar a alteração do Estado-de-Direito legalista e formal pela introdução de novas actividades fundadas na necessidade de aperfeiçoamento técnico, de segurança social, de bem-estar, o que levou a condicionar a Justiça à Eficácia e Oportunidade.

Esquecem-se porém, os que assim pensam, que o «Direito Natural» o «Bem Comum» e os «Superiores Interesses da Colectividade» têm servido para reforçar o poder político e que os juristas acentuaram essa tendência, revestindo de motivos nobres e racionais as leis cujos motivos verdadeiros eram menos defensáveis, fazendo surgir um sucedâneo do carácter mágico e sagrado do poder dos chefes primitivos (Maurice Duverger — *op cit.*, págs. 55 e 56).

Se afastarmos a ideia de que o Direito anda ligado ao Poder como produto deste e considerarmos a normatividade jurídica como imanente da conduta social do indivíduo, cujo valor está na conservação da sociedade na medida em que o bem-estar e a segurança permitam a realização da pessoa humana do cidadão, respeitando a dignidade e liberdade deste, não há dúvida de que as funções do Estado são elementos da própria constituição do Estado e a sua distribuição por órgãos independentes é a única garantia do respeito pela Constituição do Estado.

4. A classificação que distingue as funções legislativa, executiva e judicial do Estado continua a ser a base de todas as classificações doutrinárias.

Segundo o Prof. Marcello Caetano, a função legislativa contrapõe-se à executiva, subdividindo-se esta em administrativa e judicial.

A função legislativa traduz-se na criação do Direito Positivo — de normas de carácter geral e abstracto.

A função executiva consiste na aplicação dessas normas aos casos concretos.

Enquanto a execução das normas gerais se faz pela via administrativa, o Estado promove e assegura a satisfação dos interesses gerais sem esperar pelos conflitos, com iniciativa e parcialidade.

Quando a execução se efectiva por via jurisdiccional, está em causa um conflito de interesses e há que resolver qual o interesse que merece protecção jurídica, o que exige imparcialidade (*Manual de Direito Administrativo*, 8.ª edição — Tomo I, pág. 12).

Adiante, a propósito da distinção entre actos de administração e actos de jurisdição, voltaremos ao problema.

Por agora, desejaríamos salientar apenas que, se a divisão de funções do Estado é condição do respeito pela liberdade dos cidadãos, nada adianta confiar duas ou três funções ao mesmo órgão soberano.

É certo que, como diz Duverger, enquanto a função jurisdiccional conserva a sua importância, pela independência dos Tribunais e do Poder judiciário, a distinção das funções executiva e legislativa cada vez se desvaloriza mais, pois o Governo não se limita a executar leis e o Parlamento não tem condições técnicas para legislar sobre certas matérias, limitando-se a controlar a função do Governo em termos gerais (*op. cit.*, pág. 170).

Importa, porém, salientar que a Constituição Política da República Portuguesa consagrou o *critério material* da distinção, afastando o *orgânico*.

Não é esta a opinião do Prof. Marcello Caetano, que considera o art. 116.º da Constituição como se estivesse redigido na voz activa: «Tribunais ordinários e especiais exercem a função judicial» (*Manual de Ciência Política* — 5.ª ed., pág. 600).

Realmente, a Constituição não diz em que consiste a função judicial, mas também não diz o que são Tribunais.

Ora, se o art. 116.º contém uma norma, supõe-se que diz que a função judicial, tal como a doutrina a concebe, distinta de outras funções, *deve ser* exercida por Tribunais, considerados como órgãos de soberania independentes dos restantes órgãos soberanos.

De resto, o Prof. Marcello Caetano salienta que, diferentemente do que sucede com os outros órgãos da soberania, os Tribunais estão relacionados com determinada função do Estado (*op. cit.* — loc. cit.).

Que o conceito de função judicial adoptado na Constituição não é orgânico, resulta de os tribunais praticarem actos de pura administração (v. g. de disciplina interna).

«Função Judicial» para o art. 116.º da Constituição não é sinónimo de «função dos Tribunais», como o citado Professor parece entender; de outro modo, o art. 116.º teria dito que «a função judicial é a exercida por Tribunais», etc. ...

E é tão evidente a adopção de um conceito material de função no art. 116.º da Constituição, que é o próprio Prof. Marcello Caetano quem afirma, a propósito da limitação jurídica do poder dos Governantes, que ela assenta na «concepção de separação entre a *actividade governativa* e a *função judicial* supondo nesta real independência e a mais respeitada autoridade como expressão da Soberania do Direito»... (*Manual de Ciência Política* — pág. 319).

5. Não é suficiente porém, o conceito material de função judicial elaborado pela doutrina e a atribuição exclusiva desta função pelo art. 116.º da Constituição Política aos Tribunais, para se garantir a eficaz limitação do poder dos governantes e a defesa da liberdade dos cidadãos.

Basta admitir a possibilidade de se chamar Tribunal a qualquer órgão sem a mínima autonomia em relação ao Governo ou à Assembleia Nacional.

Por outro lado, «nenhuma instituição ou sistema pode produzir os seus frutos numa sociedade se não for servida por homens dignos, com autoridade moral, competência profissional e total devoção à tarefa que lhes é confiada e se nessa sociedade não houver a convicção da necessidade e da utilidade do sistema, traduzida em respeito geral e em geral colaboração. Os textos, as doutrinas, os princípios, tudo vale pouco se não for vivido. A primeira realidade política é o homem» (Marcello Caetano, *op. cit.*, loc. cit.).

E, se é incontestável o valor moral e o espírito heróico dos homens que exercem a função judicial, suportando as pressões do dinheiro e de poderes estranhos ao judicial, o que permitiu que se falasse em Poder Judiciário foi a natureza da função judicial e a independência de quem a exerce.

Só será Tribunal o órgão singular ou colegial que, a requerimento de alguém e procedendo com imparcialidade e independência soberana, sendo os seus titulares também independentes, irresponsáveis, inamovíveis e vitalícios, possua autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto, resolvendo um conflito de interesses por forma a que a decisão obrigue os interessados (adopta-se com certas alterações a definição do Prof. Marcello Caetano — *op. cit.*, págs. 600 e 601).

Daqui resulta que é duvidoso que os Tribunais Administrativos sejam verdadeiros Tribunais, sem embargo de exercerem funções jurisdicionais por natureza.

Para Marcello Caetano, nem sequer são tribunais especiais da função judicial, mas órgãos da Administração que participam na função administrativa (*Manual de Ciência Política* — 5.ª ed. — pág. 605).

Realmente, o sistema de livre nomeação dos Juizes faz perder aos Tribunais a característica de órgãos de soberania específicos.

Considerando, pois, a função judicial na sua acepção material (adiante se procurará defini-la, distinguindo-a da função administrativa), a Constituição Política não se contentou com isso e foi ao ponto de fixar os requisitos de independência dos titulares do órgão soberano com função judicial: os Juizes.

Assim contribuiu o próprio texto constitucional para a elaboração do conceito de Tribunal.

Não sucedeu o mesmo com as funções legislativa e administrativa, sendo a primeira, salvo certos aspectos, atribuído indistintamente à Assembleia Nacional e ao Governo.

Os abusos a que tal sistema pode dar lugar são evidentes se administrar é prosseguir a satisfação dos interesses gerais da colectividade através de operações sobretudo voluntárias, cujo limite é o Direito Positivo, tendo o Governo a faculdade de legislar, acaba por usar essa faculdade para resolver conflitos de interesse e definir situações concretas, isto é, acaba por «julgar e administrar através da função legislativa».

Neste particular, tem o Governo dois limites: não pode legislar sobre certas matérias afectas à competência da Assembleia Nacional e não pode com a lei ordinária alterar a Constituição Política, ofender ou revogar as normas e princípios nela contidos.

Nem assim a Constituição assegurou à função judicial e aos Tribunais completa independência em relação à Administração Pública, como resulta do disposto no art. 119.º e do uso frequente da requisição de magistrados para comissões de serviço na própria Administração, processo de neutralizar a regra da inamovibilidade, interpretando-a, não como regra de interesse público da função, mas de interesse do próprio Juiz (a este respeito, pode ver-se uma crítica severa do Prof. Marcello Caetano no *Manual de Ciência Política*, na pág. 611).

Não é este o lugar próprio para desenvolver tal matéria, referida apenas para dar compreensão às conclusões adiante expostas.

B — FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E FUNÇÃO JUDICIAL — ACTO DE ADMINISTRAÇÃO E ACTO DE JURISDIÇÃO — NATUREZA DO ACTO DE INSTRUÇÃO

1. O que distingue a jurisdição, considerada como função jurisdicional (sentido material), da administração, como função administrativa, é o facto de naquela haver uma actividade de terceiro (Juiz) estranho ao conflito, enquanto que administrar é agir em causa própria.

A diferença entre estas duas funções tornar-se-á mais clara se levarmos em conta as relações recíprocas do Estado com os cidadãos.

O Direito Objectivo traça limites à acção daquele e destes, mas o Estado pode agir dentro dos limites traçados pela norma para satisfação dos interesses públicos.

Pela função judicial age o Estado por provocação dos interessados.

O fim do Estado na acção administrativa é primário: satisfação de interesses.

Na actividade jurisdicional, o fim é secundário: remover os obstáculos à satisfação dos interesses (Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal* — Vol. II, pág. 229).

Têm sido múltiplas as teorias que se empenham em dar uma definição satisfatória destas duas funções do Estado, segundo critérios materiais, isto é, critérios que determinam a natureza da função do ponto de vista jurídico.

O Prof. Marcello Caetano distingue os actos da Administração, actos praticados pelos órgãos das pessoas colectivas de direito público, dos actos de administração, característicos da função administrativa e que englobam os actos administrativos em sentido técnico.

Os primeiros poderiam ter até carácter jurisdicional (*Manual de Direito Administrativo* — 8.ª ed., págs. 381 e segs.).

Os segundos visam a prossecução de interesses, tendo a Administração como parte.

A função jurisdicional, materialmente, visa resolver conflitos de interesses, mesmo que a colisão seja entre o interesse particular e o geral, actuando o juiz como estranho ao conflito.

2. Já se vê por aqui que a distinção entre a função administrativa e jurisdicional tem interesse não apenas doutrinário, quando permite concluir qual a natureza dos actos abrangidos por uma e por outra, mas, sobretudo, para garantir o respeito pelo preceito que atribui aos Tribunais — como órgãos soberanos específicos — o exclusivismo do exercício da função jurisdicional (art. 116.ª da Constituição).

O que convém a este respeito ter presente, não é este ou aquele critério de distinção, mas o que, extraído do conjunto dos critérios e da experiência, permita garantir que as funções administrativa e judicial não se confundam por forma a evitar a neutralização da autonomia dos Tribunais como órgãos de soberania.

Assim, a função administrativa aparece dominada pelos princípios da iniciativa e da oportunidade, tendo por limite o Direito e por fim a satisfação de interesses.

A função judicial aparece dominada pelo princípio da legalidade e da passividade, tem por fim a resolução de um conflito de interesses, através da definição do Direito aplicável.

3. Passemos a analisar a questão do ponto de vista da jurisdição penal.

A jurisdição criminal é a intenção orgânica e funcional do processo: se o processo é o momento formal da jurisdição, a jurisdição é o momento material do processo.

A *jurisdição* traduz, deste modo, o juízo de relação da norma com um facto concreto e é *pressuposto da existência do processo*, forma de actuação jurisdicional (ver Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal* — 1967/68, págs. 4 e segs.).

O direito de processo criminal compreende, assim, todos aqueles princípios e regras de direito que devem garantir que a questão de saber se um determinado cidadão cometeu ou não uma acção punível e como deverá ser por ela punido possa ser decidida judicialmente, de modo que, respeitando

os princípios do Estado de Direito e, cumprindo as formalidades da Justiça, seja orientada pela intenção incondicional à verdade e à justiça (Schmidt — *Deutsches Strafprozessrecht*, 15).

O processo criminal aparece como modo de realização de um tipo de jurisdição, propondo-se garantir a condenação de culpados e a defesa de inocentes e, implicitamente, a defesa de dois princípios: o da *reafirmação e defesa da comunidade ético-jurídica* (ordem pública ou social) ou do sistema de valores que informam a ordem jurídico e que o direito criminal tutela, e o do *respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos*.

Deste modo, o processo criminal serve de instrumento para a válida e eficaz luta contra o crime, pela realização do direito criminal, mas não traduz menor garantia jurídica dos cidadãos, visto actuar nele e por ele a jurisdição e, por outro lado, ser imposta à jurisdição o respeito pelas formas de processo (Castanheira Neves, *Sumários*, pág. 8).

4. *O problema, porém consiste em saber o que constitui acto de jurisdição em processo criminal.*

Em princípio, se o processo é a forma de realização da jurisdição (Cavaleiro Ferreira, *Curso — I*, pág. 7), todos os actos processuais deveriam ser actos jurisdicionais, tendo em consideração a *unidade da função*.

Não sucede, porém, assim.

A primeira razão que levou a reconhecer que nem tudo no processo criminal era actividade jurisdicional foi de ordem política e resultou da tendência verificada em certos Estados para o Governo controlar todas as funções.

O critério orgânico da divisão das funções do Estado, permitiu transformar o acto de jurisdição em acto de administração pela simples transferência da competência para o praticar de um órgão judicial para um órgão de Administração Pública.

Nesta ordem de ideias, a atribuição por lei da *função de instruir* processos criminais ao Ministério Público, teria transformado tal função em actividade administrativa, visto que o Ministério Público, apesar das proclamações do seu carácter de órgão de Justiça, entronca organicamente na administração: é um órgão de administração (Marcello Caetano, in *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* — 5.º ed., pág. 615).

Tal sistema, como é evidente, permite esvaziar o conteúdo da função judicial afecta aos Tribunais, usurpar a função dos juizes e anular o valor da norma expressa no art. 116.º da Constituição Política.

A este respeito, o Doutor Castanheira Neves formulou a seguinte pergunta:

«Se o Estado-de-Direito é chamado a realizar o direito, poderá dizer-se sem mais que ele cumpre essa intenção desde que o poder legislativo emita leis (quaisquer leis) e o poder judicial as «aplique», ou deverá antes entender-se que estes dois «poderes» são investidos nas suas respectivas funções para contribuírem ambos, conjunta e unitariamente, para a realização daquela

intenção, e de tal modo que o primeiro só se legitima por essa intenção e enquanto a respeite, e que o segundo também só cumprirá o seu dever funcional enquanto reconheça como seu fim último a realização dessa mesma intenção e nunca abdicando de a respeitar? (*Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, pág. 542).

Prosseguindo, aquele autor diz:

«Certamente, que o positivismo legalista optará pelo primeiro termo da alternativa. Mas ao fazê-lo *funda-se apenas no seu próprio positivismo*» (o sublinhado é nosso).

Na verdade, o titular do direito (da sua intenção) é a comunidade ético-social organizada em Estado-de-Direito, mas não o é apenas o poder legislativo: este é só titular de uma função (Castanheira das Neves, *op. cit.*, pág. 543).

Ignorando isto, porém, as leis arrogaram-se a possibilidade de decidir problemas que as transcendem, permitindo-se influir nos próprios alicerces do Estado, pela modificação das suas funções e dos seus elementos constitutivos.

Mas, forçoso é que se reconheça que nem sempre foi impura a intenção do legislador ao confiar a competência para certos actos do processo criminal a entidades que não são Tribunais.

A necessidade de especialização técnica e de eficiência de actuação foram motivos ponderosos de tais medidas.

Todo o problema se cifra afinal em saber se foi respeitado o princípio constitucional da autonomia da função e do poder judicial.

Mas, será efectivamente jurisdicional todo o acto praticado através do processo criminal?

A questão parece só dever pôr-se em relação à fase do processo anterior ao julgamento e só tem aqui verdadeiro interesse pelo que respeita à *instrução do processo*.

5. A obra mais completa sobre o assunto é, segundo supomos, o livro «*L'Acte d'Instruction*», publicado em 1965 por Bernard Bouloc.

Para este autor, tendo em conta o processo criminal francês, distinguem-se os actos de policia, dos actos de instrução e estes dos actos de jurisdição (*op. cit.*, pág. 16).

Os actos de policia são meramente técnicos ou formais e não atingem directamente qualquer pessoa.

Os actos de instrução (confiados em França ao Juiz de instrução, que pode delegar em outras autoridades policiais) tanto se podem apresentar como actos de regularização interna do processo ou de disciplina e expediente, como podem assumir características específicas.

Só são actos de instrução por natureza as diligências destinadas à manifestação da verdade: à constatação directa ou indirecta dos factos (B. Bouloc, *op. cit.*, pág. 26).

Para nós só tem interesse este conceito e é a partir dele que tentaremos determinar *se há jurisdição na fase de instrução processual*.

Não há dúvida de que o acto de instrução é uma formalidade ao serviço da jurisdição.

Mas, isto é muito pouco para caracterizar o acto como jurisdicional por natureza, tendo em consideração o conceito de função jurisdicional, como solução jurídica de conflitos de interesses, afectando directamente os respectivos titulares e operada com imparcialidade.

Tendo presente que o processo criminal tem duas finalidades — ser uma estrutura que permita condenar culpados e defender inocentes e conciliar os princípios da defesa da comunidade e do respeito pela liberdade como acto subjectivo ou solução concreta de um conflito de interesses, bem como aceitar-se que há na instrução criminal muitos actos que não afectam directamente ninguém e não resolvem qualquer conflito de interesses, mesmo considerado o interesse da Sociedade e o do cidadão sempre presentes em abstracto na intenção do processo.

Bouloc considera acto de administração o acto praticado em processo criminal que não pode em nada prejudicar o arguido (pág. 60).

O acto de administração apresenta assim um aspecto essencial: não interessa à defesa, é um acto neutro, que não levanta um problema de direito.

Por isso que o acto de administração não julga ninguém, não é acto de jurisdição.

O acto é jurisdicional se representa a conclusão dos elementos recolhidos e se, através dele, se põe termo a um litígio ou conflito concreto ocorrido no processo.

Ora, os mandados proferidos durante a instrução constituem matéria complexa pois se trata de medidas graves e atentatórias da liberdade individual.

Por tal motivo, Escande os considerou actos judiciários (*Jurisclassiseur de procédure pénale*, artigos 122 e 136 e n.ºs 23 a 25).

Tanto podem atingir o direito de propriedade (busca e apreensão), como a própria pessoa arguida (captura e prisão preventiva).

6. Em regra, liga-se o carácter jurisdicional do acto às ideias de recorribilidade e de formação do caso julgado.

Porém, a falta destes requisitos não exclui o carácter jurisdicional do acto, como bem salienta Bouloc (*op. cit.*, pág. 163 e 164).

Com efeito, não está excluída a possibilidade de recurso dos actos de instrução e apenas o facto de a instrução ser preparatória leva a limitar a possibilidade de ataque aos actos praticados nesta fase processual.

Por outro lado, é ainda o carácter provisório das medidas de instrução que permite ao próprio instrutor modificá-las, o que, aliás, também sucede, nos processos de jurisdição voluntária.

Não é só a decisão definitiva de um caso que é acto jurisdicional: na instrução podem ser proferidos julgamentos preparatórios, que não são por isso menos jurisdicionais.

Nem sempre, por outro lado, a jurisdição implica um recurso contencioso: trata-se aí de problema processual, e não substantivo. O essencial é que a decisão resolva um conflito jurídico.

Pelo menos em relação ao acto de encerramento da instrução, são unânimes os autores em considerá-lo um acto jurisdicional (Bouloc: pág. 115).

Também são de considerar jurisdicionais todas as decisões proferidas na instrução que afectem a propriedade e a liberdade de certa e determinada pessoa.

Deste modo, as buscas e apreensões, a captura e detenção preventiva, a manutenção da prisão ou a libertação do arguido, a ordem para um exame ou peritagem, a constituição de assistente, entre outras, são diligências de carácter jurisdicional.

Isto, por três motivos:

- a) por afectarem directamente situações subjectivas, criando obrigações;
- b) por interessarem à defesa;
- c) por resolverem juridicamente, ainda que a título provisório, um conflito de interesses.

a) As diligências referidas afectam directamente direitos dos individuos que a lei reconhece e que só podem ser directamente afectados por decisão judicial, sob pena de violação da lei.

E não se diga que a lei prevê a limitação desses direitos, para justificar o arbitrio do acto de limitação.

Nem o *formalismo* processual exigido para a prática das diligências referidas é característico dos actos de administração, mas antes a garantia das pessoas por elas afectadas; nem a entidade que pratica o acto está dispensada de fundamentar a sua atitude, invocando os *motivos jurídicos* em que se baseia para agir assim, e não de outro modo.

b) Que tais diligências interessam à defesa parece evidente.

Bastaria o facto de serem afectados certos direitos do arguido, para que este se interessasse pela defesa, pelo menos dos direitos atingidos.

Mas, a verdade é que, a defesa do arguido no conjunto do processo está condicionada pelas diligências atrás referidas.

Basta, por exemplo, referir que a apreensão de um objecto com fundamento em necessidade de examinar certos vestígios que correm o risco de desaparecer, interessa tanto à entidade que recolhe os elementos da prova, como à que tem de fazer a contraprova.

c) É óbvio que a detenção preventiva, como outras diligências referidas, resolvem conflitos entre o interesse da sociedade na segurança, pela eficácia do processo criminal, e o interesse dos cidadãos em garantirem a liberdade e a defesa.

Já se salientou que os actos de jurisdição praticados durante a instrução têm que ser fundamentados e obedecer a um rígido formalismo (é o caso do Mandado de Captura).

Quanto à prisão preventiva na fase de instrução preparatória, estabelece mesmo uma presunção de culpabilidade, pelo menos oposta à presunção de inocência, e funciona como medida de segurança, cuja aplicação traduz certa decisão, em que o interesse do arguido na liberdade foi preterido pelo interesse do Estado.

De nada vale o argumento de que a prisão preventiva tem carácter provisorio para se concluir que é acto de administração o que a determina.

A prisão, nesta fase do processo, acaba por ter o mesmo fundamento que a prisão posterior ao julgamento e à sentença, sendo certo que o tempo de duração da primeira é levado em conta no cumprimento da segunda.

Se o acto de instrução se define pelo seu *objecto*, como meio destinado à manifestação da verdade, nem sempre assume pela sua *natureza* carácter meramente instrutório ou de investigação e impulso processual.

Sob o aspecto da sua natureza, o *acto de instrução* apresenta-se muitas vezes como acto jurisdicional (neste sentido também Vouin e Jacques Leauté, in *Droit Pénal et Procédure Pénale* — Col. *Thémis*, pág. 263).

Exemplo típico é o mandado que ordena a prisão do arguido.

Do mesmo modo, são jurisdicionais os despachos que mantêm essa prisão ou condenam a libertação do arguido (Bouloc, *op. cit.*, pág. 161).

Chegamos, deste modo, ao problema concreto posto pelo recurso do arguido.

C — SOLUÇÃO ADOPTADA QUANTO AO RECURSO DO ARGUIDO

1. Em face dos princípios expostos e tendo por base os elementos de facto descritos, pode bem dizer-se que há contradição no douto acórdão da Relação, ao considerar o Tribunal incompetente para conhecer da legalidade do despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária do Porto que manteve a prisão do arguido, quando, afinal, conheceu da legalidade de outros actos de instrução da mesma Polícia.

Se o problema fosse de competência, tão incompetente o Tribunal da Relação seria para apreciar a validade de uns actos como de outros, desde que fosse aceitável o ponto de vista de que os actos da instrução da Polícia Judiciária são actos de administração.

Ora, já se viu que o despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária que manteve a prisão do arguido é um acto de jurisdição, próprio da função judicial.

2. Põe-se agora a questão de saber se o referido despacho era susceptível de recurso e que espécie de recurso ou via de recurso era próprio à face da lei.

O problema põe-se quanto aos processos cuja instrução compete à Polícia Judiciária e, mais concretamente, quanto aos despachos dos Subdirectores e Director desta Polícia que ordenam a prisão preventiva do arguido, a mantêm ou determinam a aplicação de medidas de segurança provisoriamente, já que, pelo que respeita à instrução a cargo do Ministério Público, tais actos são da competência do Poder Judicial (dos Tribunais) (art. 12.º, § 2.º e art. 21.º do Decreto-Lei n.º 35 007 e artgs. 353.º e 254.º, § 2.º do Código de Processo Penal).

A Polícia Judiciária foi organizada para o efeito de exercer funções técnicas de investigação criminal.

O Decreto-Lei n. 35 042, porém, no seu art. 8.º atribui a esta Polícia «as funções que a lei atribui ao Juiz durante a instrução preparatória, relativamente à libertação ou manutenção da prisão dos arguidos e a aplicação provisória de medidas de segurança.

Com efeito, o referido preceito confia tais funções aos directores e subdirectores da Polícia, nos casos em que a esta pertença a instrução dos processos.

Colocou-se, então, um magistrado do Ministério Público no cargo de Director da Polícia Judiciária (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 35 042).

Esta última disposição legal não tem qualquer base racional, pois nem sequer é coerente com o que, a respeito das funções do Ministério Público na fase de instrução, se prevê no art. 21.º do Decreto-Lei n.º 35 007.

Fosse pelo que fosse, a verdade é que, a partir do Decreto-Lei n.º 35 042, a Polícia Judiciária passou a ter funções judiciais.

Subordinada ao Ministério da Justiça, que, pelo respectivo Ministro pode determinar a transferência de quaisquer funcionários dela, por simples conveniência de serviço (art. 64.º do Decreto-Lei n.º 35 042), a Polícia Judiciária é um órgão de administração pública com funções sobretudo técnicas.

A dependência dos seus funcionários em relação à Administração Pública — ao Governo — vai ao ponto de o Ministro lhes poder atribuir recompensas por serviços relevantes (corpo do art.º 62.º do citado diploma).

Se o Ministério Público entronca organicamente na Administração, funcionalmente não tem competência judicial senão muito limitada, dada a existência legal de intervenção do Juiz nos actos de instrução que respeitem à liberdade dos arguidos, pelo que acaba por ser um órgão sujeito funcionalmente ao poder judicial.

Isto permitiu ao Prof. Cavaleiro Ferreira afirmar, não sem certo exagero, que os Poderes do Ministério Público «são poderes de investigação e recolha de provas e consequentes poderes de coerção, legitimado pelo fim de recolha de provas e que nele não se incluem quaisquer funções jurisdicionais (Curso de Processo Penal - I, pág. 88).

Mas, que dizer das funções jurisdicionais da Polícia Judiciária?

3. Em face do despacho do Ex.º Subdirector que manteve a prisão do arguido, várias soluções se podem formular para atacar a decisão.

a) A primeira seria a via administrativa de recurso: primeiro hierárquico, para provocar uma decisão definitiva (quanto à instrução, já se vê, pois quanto à prisão era por natureza provisória) e, depois, contencioso.

A imagem do que sucede com a reclamação prevista no art. 27.º do Decreto-Lei n.º 35 007, nada impedia que fosse feita reclamação para o Procurador-Geral da República (art. 24.º e disposições conjugadas no n.º 11.º do art. 34.º e do n.º 19.º do art. 44.º do Decreto-Lei n.º 35 042).

Parece, porém, que, não impondo a lei semelhante via de recurso, não se pode considerar obrigatória.

Por outro lado, não está previsto no Decreto-Lei n.º 35 042 qualquer via judicial especial de recurso contra actos externos da Polícia Judiciária, pelo que parece excluída a via contenciosa administrativa.

b) E, quanto à interposição do recurso daquele despacho para os tribunais ordinários, tal como foi feita?

Serão válidas as razões invocadas pelo douto acórdão recorrido?

É incontroverso que, como nele se diz, a Polícia Judiciária depende directamente do Governo, mas isto apenas significa que o órgão policial está integrado na Administração Pública, estruturalmente.

É óbvio que esta estrutura da Polícia lhe tira o carácter de órgão independente e não permite compará-la com os Tribunais, pois os funcionários respectivos estão sujeitos na sua carreira à acção discricionária do Governo.

Mas também é verdade que a Administração Pública não está subtraída na sua acção ao controle dos Tribunais.

No caso dos autos, nem os arts. 24.º e 33.º do Estatuto Judiciário, nem o art. 37.º do Código de Processo Penal proibem expressamente que a Relação censure o despacho do Ex.º Subdirector da Polícia Judiciária que manteve a prisão do arguido.

Com efeito, o art. 33.º do Estatuto Judiciário nem sequer regula a competência da Relação.

Quanto ao art. 24.º, dá à Relação competência para exercer quaisquer atribuições que lhe sejam cometidas por lei (al. i) e conhecer por via de recurso das decisões proferidas pelos tribunais de 1.ª instância.

O art. 37.º do Código de Processo Penal repete os mesmos preceitos.

Mas, o art. 645.º do Código de Processo Penal dispõe que «é permitido recorrer dos despachos, sentenças ou acórdãos, proferidos por quaisquer Juizes ou Tribunais, em matéria penal, que não forem expressamente exceptuados por lei». E o art. 646.º exclui apenas da via de recurso os casos especiais determinados na lei (n.º 8).

Como conciliar tudo isto?

Se a lei não exclui expressamente o recurso do despacho que mantém a prisão do arguido na instrução preparatória, para quem recorrer?

É injusto não admitir o recurso, só porque é o Subdirector o autor do despacho, e não o juiz. Seria fazer depender o recurso do local em que o processo é instruído ou da entidade instrutora.

E que critério leva a considerar falível a decisão de um juiz e infalível a de um subdirector da P. J.?

Se a lei, bem ou mal, atribui a estas funções judiciais, parece não haver mais remédio do que integrar a lacuna, admitindo o recurso para a entidade jurisdicional que exerce a função de Tribunal de 2.ª instância, considerando que é a própria lei que atribui às Relações essa competência.

Para que essa solução tenha compreensão legal, mais não é preciso do que admitir que, atribuindo a lei funções judiciais aos Subdirectores da Polícia Judiciária, *estes devem ser considerados como «juizes criminais», nos termos e para os efeitos do n.º 1 do art. 37.º do Código de Processo Penal.*

Não temos que nos escandalizar com esta interpretação do conceito de «juiz», pois a lei permite nomear juizes para os cargos de subdirector da Polícia Judiciária (§ único do art. 70.º do Decreto-Lei n.º 35 042).

Por outro lado, adulterado pela lei o conceito de função judicial, pouco importa que se adulterem os conceitos de Tribunal e de Juiz (onde há o titular do órgão a exercer funções próprias, há o órgão respectivo), posto que esta última adulteração tem por fim corrigir o gravame feito pela primeira às garantias de liberdade individual.

De resto, a unidade do processo justifica, por si, o mesmo regime jurídico para todos os actos de mesma natureza, sem dependência das fases processuais.

Não vemos, pois, que sejam válidas as razões invocadas pelo acórdão recorrido para revogar o despacho do Juiz da Comarca, decidindo não conhecer do recurso interposto do despacho do Subdirector da Polícia Judiciária.

A única razão que poderia ser válida para justificar a decisão, seria a consideração de que o art. 8.º do Decreto-Lei n.º 35 042 é materialmente inconstitucional (art. 116.º da Constituição Política).

Mas, então, isto levaria a considerar que qualquer arguido preso por ordem dos Subdirectores ou Directores da Polícia Judiciária, em processos instruídos por esta Polícia poderia recorrer ao meio previsto no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 35 043, uma vez que a função judicial pertence aos Tribunais e que a Polícia não tem as características de Tribunal e os seus subdirectores não são independentes, inamovíveis, vitalícios e irresponsáveis.

Nem se diga, como se tem dito, que a Constituição não impõe que a instrução preparatória seja judicial, pois tal afirmação não tem a mínima base racional.

Bastaria que um acto de instrução preparatória fosse judicial, para não poder ser subtraído à competência dos tribunais.

Na lógica do nosso raciocínio, o «habeas corpus» seria a única diligência admissível em casos destes, se a tese do douto acórdão da Relação pudesse vingar.

Entendo, porém, que, enquanto for possível corrigir por mera interpretação dos preceitos da lei ordinária a ofensa que tais preceitos fazem às regras e princípios constitucionais, sem afectar as garantias da defesa da

liberdade e dignidade dos cidadãos, deverá usar-se sempre o meio processual mais simples e menos grave.

É por esta razão que entendo que a douta decisão recorrida merece ser revogada e que o tribunal deve conhecer do recurso interposto contra o despacho do Subdirector da Polícia Judiciária.

Uma observação julgamos dever fazer a respeito do regime de subida deste recurso: a de que ele devia ter subido imediatamente, após a interposição, ao Tribunal da Relação (disposições conjugadas do art. 653.º e n.º 6.º do art. 655.º do Código de Processo Penal).

III

QUESTÕES SUSCITADAS PELA 2.ª PARTE DO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO: A DESPRONÚNCIA

INTRODUÇÃO

Contra o entendimento do Ministério Público, considerou o Tribunal da Relação do Porto que a audiência do arguido na Polícia Judiciária, sem assistência de advogado ou de defensor officioso, constitui a nulidade prevista no n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal: falta de nomeação do defensor ao réu, quando necessária.

Por tal motivo a Relação não considerou legais as declarações prestadas pelo arguido em tais condições e, negando-lhes qualquer valor indiciário, julgou-as inexistentes; e, por não haver outros indícios suficientes para fundamentar a pronúncia, despronunciou o arguido.

Para assim concluir, baseou-se o douto acórdão no disposto no art. 244.º do Código de Processo Penal, que permitiu ao Juiz ouvir o arguido em instrução preparatória, desde que, conforme determinava o § 1.º desse preceito, o advogado ou o defensor officioso assistissem ao interrogatório.

Como as funções que a lei atribuía ao Juiz na instrução passaram para outras entidades, uma interpretação racional impõe que a modificação da competência não provoque a alteração das formalidades processuais previstas na lei para a instrução preparatória, pelo que, estaria em vigor o § 1.º do art. 244.º do Código de Processo Penal.

Este entendimento mereceu várias objecções no Processo em questão e outras lhe têm sido opostas pela doutrina e pela jurisprudência.

A mais corrente delas é a de que a instrução preparatória é secreta (art. 13.º do Decreto-Lei n.º 35 007), não podendo nela o arguido levar a sua actividade além do que lhe é permitido pelo § único daquele artigo.

Por outro lado, diz-se: se a presença do advogado pode ser afastada na instrução contraditória (§ único do art. 39.º do Decreto-Lei n.º 35 007), por maioria o poderá ser na instrução preparatória.

Também se afirma que o n.º 4 do art. 98.º apenas se aplica à fase processual posterior à instrução, pois o preceito fala em réu, e não em arguido.

Além disso, a nomeação de defensor só seria obrigatória a partir do despacho de pronúncia provisória (art. 49.º do Decreto-Lei n.º 35 007), o que já tem sido entendido como significando que, até essa altura (nas querelas) ou mesmo depois (em outros processos), o facto de o arguido não ter advogado ou mesmo defensor nomeado não afecta a validade ou regularidade dos actos processuais.

Adiante apreciaremos estes argumentos.

O certo é que, não os tendo considerado suficientes, o douto acórdão da Relação confirmou o despacho de despronúncia em consequência da verificação da nulidade do n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal e da falta de outros indícios de culpa.

Deste modo extraiu os efeitos daquela nulidade.

Também aqui se suscitam problemas que atingem os alicerces do processo criminal e que não são susceptíveis de resolução apenas à face da letra de lei ordinária.

Para se apreciar se existe ou não nulidade do n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal e quais os seus efeitos, é forçoso ter-se exacta noção do alcance do direito da defesa em processo criminal e das funções do defensor.

Só a partir destas noções será possível interpretar cabalmente a lei.

A — A DEFESA EM PROCESSO CRIMINAL

A FUNÇÃO DO DEFENSOR NA INSTRUÇÃO

1. O problema da defesa em processo criminal consiste na questão das liberdades individuais do cidadão em face da necessidade de realização prática da jurisdição penal.

Conferidos a certos órgãos do Estado poderes de jurisdição penal, como garantir que estes não abusem deles, ofendendo a liberdade dos cidadãos?

A melhor garantia da defesa é o processo e, deste modo, o processo e o formalismo que lhe é próprio são instituídos, em primeiro lugar, em favor da defesa.

Para a eficaz realização da jurisdição, a ausência do processo seria bem mais prática, deixando o poder actuar segundo princípios de oportunidade, sem obediência a formalismos, etc.

Por este motivo se diz que «o código de processo penal é um código para pessoas honestas».

Apesar de tudo, nem sempre se tem tido esta noção do processo, em primeiro lugar como meio de defesa das liberdades individuais.

Pelo contrário, o processo serve às vezes como meio de cobrir com a aparência de legalidade os maiores atropelos à lei e às garantias que nesta se consignam para protecção de pessoas inocentes.

Neste domínio, deve reconhecer-se que os poderes do juiz não se exercem em princípio senão no quadro posto pelo legislador.

Não é o juiz mas a lei que estabelece um sistema que torna impossível na maior parte das vezes anular um processo que foi seguido nos seus trâmites com desprezo pela defesa (Robert Badinter — «La Justice en Question» — *Le Monde*, 30-31 de Outubro e 1 de Novembro de 1969).

Mas, mesmo nos estreitos limites da lei, parece que a Justiça não se tem preocupado com a salvaguarda da liberdade individual contra os excessos do poder (idem, idem).

Sem dúvida que a defesa da liberdade depende sobretudo da vontade do legislador e que a maior parte dos magistrados sente o preço dessas liberdades adquiridas e, considerados individualmente, esses magistrados desejam vê-las satisfeitas.

A verdade é que o aparelho judicial se insurge por um lado contra o que tolera por outro.

E, nesse aspecto, parece que as acusações que se possam fazer à Justiça são em parte injustas, por isso que esta é a imagem da própria Sociedade.

Razão têm certos autores para chamarem ao Direito Penal e de Processo Criminal os parentes pobres de outros ramos de Direito, pelo facto de os magistrados no ambiente dos Tribunais considerarem muitas vezes de penitência o período das audiências e de os advogados preferirem as questões civis e comerciais, que lhes dão matéria para discussão dialéctica e os enriquecem depressa (Stefani et Levasseur in *Avant Propos* à obra de Bouloc).

Devemos reconhecer, porém, que é grande a margem de liberdade que os Juizes têm na interpretação dos textos legais e que, em certa medida, bastaria que o terceiro poder decidisse existir para alcançar a existência (Duverger — «Le Troisième Pouvoir» — *Le Monde*, de 28-12-1968).

A prática corrente repousa mais sobre hábitos, do que nos textos legais: *as coisas devem ser assim, porque não são de outra maneira.*

2. Em regra, associa-se o direito de defesa a certa fase do processo, a fase acusatória.

O direito de defesa teria, assim, mera justificação formal e, só quando o titular da acção penal — o Ministério Público — assumisse a posição de parte e deduzisse acusação directa, o arguido passaria a ter legitimidade para se defender.

Durante muito tempo sucedeu até que o processo criminal era dominado exclusivamente pelo princípio inquisitório ou pelo princípio acusatório.

O processo acusatório, característico de descentralização do poder, só se iniciava com a acusação do ofendido e ficava à inteira disposição das partes, visando apenas a verdade formal.

O ónus de prova recaía sobre o suspeito, mas dava-se-lhe a mais ampla possibilidade de defesa.

O Juiz era apenas o árbitro.

Era o tempo do duelo judiciário (Castanheira Neves — *Sumários*, págs. 22 e segs.).

A ideia de que a repressão criminal é de interesse público e de que o processo deve visar a verdade material, surgiu no séc. XIII no concílio de Latrão e manteve-se com a Inquisição, dominando até ao século XVIII.

A promoção processual era oficiosa e a função de investigação era discricionária, o que determinou a ausência da legalidade processual, passando a actuação judicial a ser *inquisitória* e secreta, e o arguido mero objecto de investigação («inquisitus»), com limitada possibilidade de defesa (Castanheira Neves — *Sumários*, págs. 23 e segs.).

Para compensar o agravamento das condições da defesa, o processo inquisitório exigia a «confissão» do arguido e instituiu um sistema de provas legais, não se satisfazendo com os «índícios».

Dáí a generalização da «tortura», como meio mais eficaz de concluir as investigações.

Se o processo acusatório era dominado pela intenção de retribuição, acabava por ser muitas vezes fonte de vinganças particulares.

Quanto ao processo inquisitório, determinado pela intenção da eficaz defesa da sociedade, acabou por criar um regime de terror generalizado da repressão em termos arbitrários, em que a prevenção geral do crime justificava a opressão do poder político aos cidadãos sem defesa.

Dos postulados políticos gerais da «separação dos poderes» e da «independência dos Juizes» inferiram-se os principios processuais da *legalidade*, da *objectividade*, da *imparcialidade*, da *tipicidade*, da *publicidade*, da *oralidade*, da *prova livre*, etc. (Castanheira Neves, *op. cit.*, págs. 26 e 27).

Mais tarde surgiu o processo misto, com a fase inquisitória e a fase acusatória.

Mas, se a principio o processo passou a ser inquisitório na instrução preparatória e acusatório depois, a verdade é que esta estrutura formal passou a não ter nada que ver com as condições de exercício do direito de defesa.

Como diz Cavaleiro Ferreira, «o fim da instrução preparatória é idêntico ao da instrução contraditória» e a lei (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 35 007) fala dos fins da instrução, compreendendo as duas formas de instrução.

«O espírito da instrução preparatória não é diferente do espírito que deve presidir às fases ultteriores do processo» (Cavaleiro Ferreira, *Curso III*, págs. 148 e 149).

A longa separação feita entre a instrução preparatória e a contraditória, sendo esta a verdadeira fase em que se iniciava a defesa, foi posta de lado pelo Decreto-Lei n.º 35 007 (art. 12.º, § 1.º), que mandou efectuar durante a instrução preparatória também as diligências que interessam à defesa.

Caiu pela base a ideia de que a *defesa* só começa com a *acusação* formal.

E não é preciso fazer esforço para demonstrar os vícios de tal ideia.

É do conhecimento geral dos juristas que entre o início da instrução preparatória e o começo da instrução contraditória medeiam semanas ou meses.

Se o arguido não pudesse actuar na fase de instrução preparatória, muitos elementos com interesse para a defesa não chegariam à instrução contraditória e, mesmo confiando na imparcialidade do Ministério Público, seria exigir muito que a mesma entidade que é parte no processo, usasse um critério selectivo de provas absolutamente isento.

Se em certos processos sem grande repercussão social essa isenção é notável, nos casos mais graves o investigador esquece-se por completo das provas que interessam à defesa e só pensa em alicerçar a acusação.

A este respeito diz o Prof. Cavaleiro Ferreira: «A defesa é, como a acusação, uma investigação de razões e de provas. É certo que a investigação do Ministério Público tem de ser imparcial, e este só toma a posição de parte, depois de formulada a acusação.

Mas também é certo que a função de investigação acarreta a formação de uma convicção, ou até muitas vezes a supõe, que pesa naturalmente sobre a actuação ulterior do Ministério Público como parte» (*Curso I*, pág. 163).

De resto, como já se demonstrou, o arguido é atingido nos seus direitos pessoais e reais logo que a instrução se inicia.

A denúncia ou a suspeita servem de base a notícias que atingem o bom nome e a reputação de pessoas honestas e inocentes.

Não raro é o próprio Estado que se envolve nessa ofensiva através de notas officiosas.

As prisões preventivas e as buscas e apreensões ofendem gravemente a liberdade e o direito de propriedade dos cidadãos.

É, portanto, insuficiente e irrealista o critério que liga o direito da defesa a uma fase do processo, formalmente.

A defesa deve começar, quando começa a ofensa directa ao arguido, considerando as duas realidades como inseparáveis sob o aspecto material.

A Constituição Política não consagra o direito ao bom nome e reputação, a liberdade pessoal e a garantia necessária de defesa antes da formação da culpa, para que na prática sejam negados.

E, se é certo que o arguido tem que conhecer certas limitações aos seus direitos e liberdades durante a instrução preparatória, a garantia de defesa é em todo o processo representada pela autenticidade dos actos processuais e não pode ser considerada como entrave à realização da jurisdição, mas como a pdera angular do processo criminal.

3. Exactamente, porque os actos de instrução revestem carácter de autoridade, e não de simples informação ou investigação, impondo-se aos indivíduos como titulares de direitos, é que a lei exige certos requisitos que são garantias de que tais actos permitirão realizar a Jstíça.

Essas garantias podem ser de carácter subjectivo (competência da autoridade, direito dos arguidos) ou de natureza objectiva (respeitando à forma dos actos, v. g. carácter escrito e secreto da instrução, etc.) — (Boulloc, *op. cit.*, págs. 335 e segs. e 553 e segs.).

Uma confusão de graves consequências tem lavrado entre os juristas portugueses: a de que a questão do direito de defesa anda ligada à do carácter secreto ou não da instrução preparatória.

Ora, enquanto aquele direito é uma garantia do acto de instrução de natureza subjectiva, que *concerne a um dos sujeitos da instrução*, o carácter secreto da instrução é *uma garantia objectiva do próprio acto de instrução*.

Todos os actos de instrução são secretos, mesmo os que não interessam à defesa directamente.

Mas, o segredo do acto de instrução é uma formalidade: o direito de defesa e de intervenção do defensor são direitos do arguido.

Para garantir a regularidade das operações, um formalismo se torna necessário de modo que, respeitando os interesses da sociedade, não ponha em perigo os dos cidadãos.

Esta a grande dificuldade da instrução.

«A forma é a irmã gémea da liberdade (Bouloc, *op. cit.*, pág. 553), e o formalismo é estabelecido em benefício dos cidadãos, garantindo objectivamente a pessoa que não participou no crime, permitindo que a regularidade dos actos os torne oponíveis a toda a gente e que seja possível utilizar os processos de instrução perante a jurisdição de julgamento (Bouloc, *idem*, *idem*).

Entre nós, o carácter secreto da instrução tem sido interpretado no sentido de que o arguido não tem possibilidade de intervir directamente na instrução preparatória, seja porque forma for (fica-lhe ressalvada a faculdade de apresentar memoriais e requerimentos de diligências ao Ministério Público, nos termos do § único do art. 13.º do Decreto-Lei n.º 35 007).

Como ensina Cavaleiro Ferreira, porém, o carácter secreto da instrução preparatória tem que entender-se em relação a terceiros: por um lado, para impedir que a prova seja falseada e a instrução perturbada, e por outro, para que a publicidade desses actos não afecte inutilmente o próprio arguido (*Curso III*, pág. 155).

De resto, o segredo da instrução surgiu como reacção contra o desenvolvimento da imprensa no século XIX.

Se a informação é livre, não deve entrar as investigações judiciais.

Passou-se a limitar, então, o direito da imprensa relativamente aos actos do processo que não tinham sido debatidos em audiência pública.

Reconhece-se que «a publicação antecipada dos actos de acusação prejudica a defesa porque propaga adiantadamente uma espécie de opinião comum que diminui os acusados e os revela aos julgadores como culpados» (Bouloc, *op. cit.*, págs. 560 e segs.).

A interdição de publicação dos actos do processo foi sempre considerada uma garantia de defesa.

O segredo nem sequer era destinado a assegurar a eficácia das investigações e, se mais tarde foi aproveitado para esse fim, sempre se manteve principalmente como meio de evitar que a opinião pública afectasse o nome de uma pessoa suspeita, mas, afinal, honesta.

O segredo de instrução não pode, assim, interpretar-se contra o arguido.

É curioso salientar que, em países onde a instrução é secreta, nem por isso o arguido está impedido de intervir na instrução preparatória com defensor (é o caso da França, Boulloc, *op. cit.*, loc. cit.) e, se a liberdade de imprensa podia afectar pessoas inocentes pela divulgação de actos de instrução, o segredo desta salvaguarda da melhor forma o bom nome e reputação dos arguidos.

Entre nós, não havendo embora um regime de liberdade de imprensa, é frequente lerem-se notícias detalhadas sobre pessoas meramente suspeitas da autoria de graves crimes, apesar do carácter secreto da instrução.

Significa isto que não tem sido a regra do segredo de instrução mais do que uma regra utilitária, destinada a subtrair ao controle judicial os actos de instrução, permitindo pela via administrativa influir na opinião pública e no próprio espírito dos julgadores.

O segredo da instrução deve ser interpretado como um segredo em relação a terceiros, limitado no tempo e apenas parcial em relação ao arguido (nem tudo convém ser mostrado).

4. A questão da intervenção do defensor na instrução preparatória é uma das formas que assume o problema geral da defesa do arguido nesta fase do processo.

Giovanni Leone considera o exercício da advocacia como serviço de pública necessidade e distingue as funções de assistência e de representação do defensor (*Lineamenti di Dir. Proc. Penale* — 4.^a ed. — Napoli, 1956, pág. 205).

Salienta Leone que o direito de defesa deve ser reconhecido em qualquer momento do desenvolvimento do processo, mas reconhece que a determinação do direito de defesa foi um problema mais amplo do que o da elaboração do instituto do defensor (*op. cit.*, págs. 203 e 204).

Como representante, o defensor identifica-se com a parte em sentido formal: como assistente actua mesmo contra vontade da parte.

Assim, tem-se entendido que o primeiro interrogatório do arguido deve ter a assistência do advogado constituído ou do defensor nomeado, por ser um meio de defesa.

Por isso que, o conhecimento do objecto do processo pelo arguido é obrigatório logo que ele seja preso ou interrogado, deve dar-se ao arguido o meio técnico que garanta a sua defesa, de tal modo que, por falta dele, não venha a comprometer-se toda a defesa e a condenar-se um inocente.

O arguido tem o direito de ser ouvido sobre os factos que lhe imputam, a tempo de evitar, com os seus esclarecimentos, o próprio processo.

Ora, se a realização da jurisdição penal é de interesse público, de não menor interesse público é a sua não realização injusta.

A presença do advogado ou do defensor officioso no interrogatório não é só destinada a assegurar meios técnicos à defesa: visa imprimir autenticidade às declarações do arguido.

Também Rober Vouin e Jacques Léauté consideram a necessidade da presença do defensor no primeiro interrogatório do arguido como fundada na qualidade da função pública de assistência (*Droit Pénal et Proc. Pénale* — *Coi. Thémis*, pág. 264).

O interrogatório é, aliás, o acto essencial de todo o processo de instrução e a presença nele do defensor do arguido é, de certo modo, fiscalizadora de que o instrutor não usou meios ilegais (Bouloc, *op. cit.*, pág. 510 e segs.).

5. Em França só após o interrogatório, e, em face das declarações do arguido, o instrutor pode prender, apreciando a oportunidade de o fazer (art. 135.º do Código de Processo Penal francês).

O arguido defende-se antes de ser detido e, por isso mesmo é avisado, logo no primeiro interrogatório, de que não é obrigado a responder.

Para assegurar a defesa, o arguido tem direito de se fazer assistir por advogado nos interrogatórios (art. 14.º, al. 3 do Código de Processo Penal francês).

Ao longo da instrução, em quaisquer interrogatórios, o arguido tem o direito de assistência de advogado e, se desejar, não será ouvido sem que o defensor seja convocado com antecedência e sem que a este se dê conhecimento do «dossier», pelo menos 24 horas antes do interrogatório (art. 113.º, do Código de Processo Penal francês).

A própria incomunicabilidade não é extensiva às relações entre o arguido e o advogado (art. 116.º do citado Código e Robert Vouin, *op. cit.*, pág. 265).

O Código de Processo Penal italiano, nos arts. 304.º e 365.º, prevê que seja nomeado defensor ao arguido logo no primeiro acto do processo em que este intervém ou está presente, devendo a nomeação ser feita antes do interrogatório.

O Código de Processo Penal brasileiro admite uma fase de inquérito policial que não pode ir além de dez dias de duração, se o arguido estiver preso e de 30 dias se estiver em liberdade (art. 10.º).

Mesmo nessa fase, o «auto do indiciado» será assinado por duas testemunhas da respectiva leitura.

E, o art. 187.º, ao impedir o defensor de intervir no interrogatório, influndo nas perguntas e nas respostas, está, implicitamente, a impor a sua presença no interrogatório.

6. Como se passam as coisas entre nós?

Como se devem passar?

A intervenção do advogado tem sido sistematicamente impedida na fase de instrução preparatória e, como tal, não se tem admitido que o defensor assista a quaisquer interrogatórios do arguido.

O Código de Processo Penal dispõe que o interrogatório dos arguidos terá a assistência de advogado constituído ou de defensor officioso (art. 279.º).

Tal como salienta o douto acórdão da Relação que versou sobre o caso em apreço, o Decreto-Lei n.º 35 042 não veio inovar o formalismo processual, mas a competência para as funções de instrução dos processos.

Se o Juiz era obrigado a nomear defensor ao arguido no primeiro interrogatório e a este devia assistir o nomeado (art. 244.º e § 1.º do Código de Processo Penal), não houve lei que alterasse tais exigências expressamente e a razão de ser delas mantém-se.

A instrução é tão secreta no domínio do Decreto-Lei n.º 35 007 (art. 13.º), como o era antes deste diploma (art. 70.º do Código de Processo Penal).

O que sucede é que, por inércia dos advogados, que se foram conformando com a situação e, por culpa dos demais intervenientes no processo, incluindo os julgadores, que, com alguma razão, consideram a intervenção dos advogados uma perturbação da sua função, veio a ser excluída a presença deles nos interrogatórios dos arguidos em instrução preparatória.

Simplesmente, a instrução contraditória é realmente uma instrução de interesse para a defesa e, se o juiz pode, excepcionalmente, impedir a presença do advogado nas diligências de prova desta fase, é porque não afectará com isso a defesa do arguido, que não é interrogado, nem é directamente visado por tais diligências.

Em relação à instrução preparatória, a escolha das diligências fica ao critério do instrutor e o arguido pode ser interrogado quando aquele achar conveniente.

7. Em nosso entender a ideia que leva a impedir a presença do advogado nos interrogatórios dos arguidos durante a instrução, não tendo uma razão geral de carácter processual, como se viu, assenta, por um lado, na consideração em que é tida a função do advogado em processo criminal e, por outro lado, no desejo do poder executivo de controlar a função judicial, imprimindo à instrução preparatória um cunho autoritário que a imponha aos juizes como «facto consumado», em cujos limites o julgamento há-de fazer-se e a decisão há-de conter-se.

A primeira razão não tem base legal, já que o Estatuto Judiciário considera o advogado um servidor do Direito (art. 570.º), e a Ordem dos Advogados como colaboradora da função judicial (art. 539.º).

A função do advogado é, assim, uma função pública.

Exigido ao advogado o segredo profissional, parece tão absurdo impedir-se a sua intervenção na instrução preparatória, como a intervenção do representante do Ministério Público.

Bem pode a este respeito dizer-se que a função do Juiz, enquanto tal, deixará de existir, quando cessar a função do advogado.

Então, o «juiz» não mais julgará, limitando-se a impor a vontade arbitrária.

O que já pode seguramente afirmar-se é que o advogado não está muitas vezes à altura da sua função e que a função passou a servir interesses particulares por forma incontrolável ou mal controlada.

Muitas são as razões que determinam a desconfiança na função do advogado e, embora essas razões possam influir na vontade do legislador, na acção do instrutor do processo e no espírito e convicção de quem julga, a verdade é que dariam matéria para considerações que não cabem neste trabalho.

8. Fica, porém, de pé, o que se disse acerca da função do advogado à face da Lei.

Sendo assim, a assistência do advogado aos interrogatórios é de interesse público.

Trata-se de um fiscal da legalidade dos actos de instrução, verificando se as perguntas não são cavilosas, nem sugestivas, nem acompanhadas por dolorosas persuasões, falsas promessas ou ameaças (art. 281.º do Código de Processo Penal), ou se o arguido não é coagido a responder às perguntas que versem sobre a infracção ou se não é obrigado a fazê-lo precipitadamente (art. 283.º do Código de Processo Penal).

Isto levou o Prof. Cavaleiro Ferreira a afirmar que «a defesa pessoal do arguido não pode considerar-se suficiente pelo menos quando o processo reveste uma certa gravidade» (*Curso*, I, pág. 156).

Por essa razão é que, quando a lei impõe a comparência pessoal do arguido, permite sempre que ele se faça acompanhar de advogado (artgs. 22.º e 203.º § 2.º do Código de Processo Penal e Prof. Cavaleiro Ferreira, *Curso*, I, pgs. 157 e segs.).

Aparece o advogado, deste modo, como *órgão da administração da justiça*, que não se limita a representar o arguido.

O sigilo profissional garantirá o carácter secreto da instrução.

De resto, a presença do advogado nos interrogatórios do arguido não obsta que ele fique na ignorância dos *planos da instrução* e até de certas diligências já feitas.

E quanto basta para a instrução se manter secreta.

Não procedendo deste modo, cai-se no absurdo de, à margem de qualquer preceito legal, passar a exigir-se a presença de certos funcionários de polícia nos interrogatórios dos arguidos ou no simples acto de leitura dos autos de declarações, erigindo-se tais funcionários na posição de «*testemunhas profissionais do corpo de delito*».

Assim se criou a figura da «testemunha de acusação» sempre presente em processo-crime de natureza política, que não é mais o sujeito que adquire fora do processo uma percepção sensível relativa aos factos e dirigida ao fim da prova, mas um simples funcionário da entidade instrutora que pretende velar pela regularidade dos actos processuais, substituindo o advogado ou o defensor.

Além de não se poder considerar semelhante prática correcta à face da doutrina (Miguel Fenech, in *Dir. Proc. Penal*, Tomo I, pág. 665 e o conceito de testemunha), tem que se considerar pelo menos ilegal, se não mesmo inconstitucional.

Com efeito, a garantia de defesa antes da culpa formada tem na instrução contraditória apenas uma das suas formas, certo como é que no n.º 10 do art. 8.º da Constituição Pública, tal como está redigido, não se limita a dar ao arguido, como única garantia de defesa antes da formação da culpa, a faculdade de requerer a instrução contraditória.

Entender o preceito de outro modo, seria admitir que a Constituição não quis garantir a defesa, mas permitir a instrução contraditória: para isso bastaria o Código de Processo Penal.

O resultado deste entendimento está à vista nos tribunais, onde, em regra, se vê na instrução contraditória um julgamento antecipado, uma duplicação de trabalho, uma diligência inútil, que normalmente prejudica o arguido: exactamente o inverso do que devia ser.

Por outro lado, a supressão da presença do advogado no interrogatório do arguido ou a sua substituição pela de funcionários da entidade instrutora é uma forma grosseira de coagir o julgador a aceitar como regular a instrução preparatória, ou, o que é o mesmo, os actos de processo criminal praticados por órgãos do Executivo.

Tais actos impõem-se ao poder judicial e a instrução preparatória mais parece às vezes uma «ordem de serviço» feita pelo Governo aos Tribunais para que julgue de certa maneira.

Ai estamos de novo perante uma usurpação da função judicial.

B — A NULIDADE DO N.º 4 DO ART. 98.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: NATUREZA E EFEITOS

1. A falta de nomeação do defensor ao réu, quando necessária, constitui nulidade prevista no n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal.

Há quatro sistemas passíveis de nulidades em processo criminal: o da nulidade automática por violação de certa formalidade; o da nulidade relativa definida por lei caso a caso; o da livre apreciação pelo juiz dos actos que devem ser anulados; e o da nulidade declarada sempre que o arguido seja prejudicado pela violação de certa formalidade (Bouloc, *op. cit.*, pág. 628).

O art. 98.º, segundo Luís Osório, não consagra um sistema taxativo de nulidades e deve ser completado pelo art. 100.º (*Com.*, II, pág. 184).

Em todo o caso, parece ser unânime a opinião dos autores no sentido de que o sistema das nulidades textuais foi o consagrado no processo criminal português.

A nulidade resume-se, assim, à questão casuística da violação da lei.

Outro é o sistema das nulidades substanciais, que leva a considerar nulos os actos que ofendem os direitos da defesa.

Para se optar por um dos dois sistemas não pode o julgador colocar-se apenas na perspectiva do Código de Processo Penal, pois isso equivaleria a optar pelo sistema textual.

Parece que o n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal deve ser conjugado com o preceituado no n.º 10 do art. 8.º da Constituição Política.

Remetemos para o que, a propósito deste último preceito, já deixámos escrito.

«A falta de nomeação do defensor ao réu» constitui nulidade, quando essa nomeação seja *necessária*: é o que dispõe o n.º 4 do art. 98.º.

O n.º 10 do art. 8.º da Constituição Política assegura aos arguidos, antes da formação da culpa, as *necessárias garantias de defesa*.

A *necessidade de nomeação depende da necessidade de garantir a defesa* e, a instrução contraditória, já se viu, não chega para garantir a defesa.

Parece, portanto, que o art. 98.º do Código de Processo Penal não exclui o sistema de nulidades substanciais.

2. Isto leva a considerar que a aplicação do art. 49.º do Decreto-Lei n.º 35 007 tem limites constitucionais.

A nomeação de defensor ao réu é necessária, mesmo antes da pronúncia provisória, se a necessidade de defesa assim o determinar.

Essa nomeação, no caso de interrogatório do arguido, será necessária?

Já se demonstrou que é; e que a função de defensor é, até, no interrogatório do arguido, uma função pública.

A nulidade prevista no n.º 4 do art. 98.º é, assim, uma nulidade de ordem pública, afecta o princípio da instrução, a lealdade que deve presidir à obtenção da prova e respeita à própria organização judiciária.

Mesmo que o Código de Processo Penal considere sanável a referida nulidade, jamais o será se afectar a justa decisão da causa.

Com efeito, se a defesa for afectada, afectada será a justa decisão da causa e, mesmo que a lei (§ 5.º do art. 98.º) estabeleça que tal nulidade fica sanada por vontade do arguido, terá que entender-se que o arguido e o seu defensor têm que estar em condições que permitam concluir que não arguiram a nulidade por ela não afectar a defesa, sob pena de o tribunal a considerar insanável.

Neste aspecto, parece-nos que o § 3.º do art. 90.º do Código de Processo Penal enuncia um princípio que é aplicável, tanto ao suprimento das nulidades, como à declaração de que são insanáveis, subordinando ambos os juízos à ideia de que é nulo o acto que afecte a justa decisão da causa (Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Maio de 1938, in *Jornal do Foro*, 3 - 19).

Este princípio tem grande alcance prático.

Basta pensar-se na hipótese de as entidades encarregadas da instrução preparatória começarem a cumprir a lei, interrogando os arguidos na presença dos advogados, mas violando todas as regras que devem presidir aos interrogatórios e exercendo coacção sobre uns e outros.

«Quid juris»?

Parece-nos que, neutralizada a presença do advogado, é como se este não estivesse presente.

A nulidade mantém-se e o tribunal deve reconhecê-la.

No caso em apreço, porém, a nulidade foi arguida tempestivamente e não pode considerar-se suprida, como suprível não é pelas razões expostas.

3. Reconhecida a falta de nomeação de defensor ao arguido para assistir aos interrogatórios, o douto acórdão da Relação não extraiu outros efeitos dela, salvo a consideração de que, devendo julgar-se inexistentes as declara-

ções do arguido e, não havendo outros indícios de culpa, este devia ser despronunciado.

Não se foi mais além exactamente pelos motivos já atrás criticados, de que o Juiz não teria competência para anular ou mandar repetir actos de instrução da Polícia Judiciária.

Remetemos para o que, a este respeito, dissemos.

Neste ponto, parece que a razão está com o Ex.^{mo} Senhor Desembargador vencido.

O Tribunal podia e devia ter declarado a nulidade dos interrogatórios e de todos os actos posteriores por ela afectados (§ 1.º do art. 98.º do Código de Processo Penal).

Por outro lado, o art. 367.º do Código de Processo Penal dispõe que o despacho de não pronúncia declare, nos termos dos arts. 343.º e seguintes, se o processo deve aguardar melhor prova ou se deve arquivar-se, e os fundamentos da decisão.

Em face do disposto do § 2.º do art. 12.º do Decreto-Lei n.º 35 007, o Juiz não tem competência para a instrução preparatória.

Mas, poderá ordenar às entidades encarregadas da instrução que procedam a diligências de prova?

O art. 38.º do Decreto-Lei n.º 35 007 permite ao Juiz ordenar diligências complementares de prova, se as julgar necessárias para receber ou rejeitar a acusação.

Embora o Tribunal da Relação do Porto já tivesse considerado este preceito aplicável somente nos casos que expressamente prevê (Acórdão de 25-6-1949 — Boletim 18-230), a verdade é que o art. 38.º parece ter aplicação em todos os casos em que o Tribunal reconhece a necessidade de novas diligências e tem o mérito de permitir certo controle judicial da instrução.

De resto, o Juiz pode ordenar diligência de prova na fase de julgamento, mesmo após as alegações orais (arts. 443.º e 468.º do Código de Processo Penal e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-5-1969, Boletim do Ministério da Justiça n.º 187, pág. 59).

Pode duvidar-se da exequibilidade das ordens do Tribunal relativas a diligências de instrução, mas o que se tem que reconhecer é que o Tribunal pode e deve dar essas ordens.

Sendo assim, o douto acórdão da Relação devia ter declarado que os actos de instrução em que o arguido foi ouvido sem assistência de advogado são nulos, e quais os actos posteriores afectados que nulos se devem considerar também, ordenando a sua repetição (§ 1.º do art. 98.º do Código de Processo Penal).

IV

Em conclusão:

a) Entendemos que o recurso do arguido merece provimento e que os tribunais podem conhecer dos recursos interpostos dos despachos dos Subdi-

rectores e Directores da Polícia Judiciária que respeitem à liberdade do arguido.

Outro entendimento leva a considerar que o único meio de defesa do arguido, em tais condições, é o «Habeas Corpus», pela inconstitucionalidade dos preceitos que atribuem funções judiciais à Polícia Judiciária.

b) Consideramos verificada a nulidade prevista no n.º 4 do art. 98.º do Código de Processo Penal — falta de nomeação de defensor ao réu quando necessária —, uma vez que o arguido não foi assistido por defensor nos interrogatórios a que foi sujeito na Polícia.

Tal nulidade não se encontra sanada e só poderá ser suprida pela repetição dos interrogatórios com a assistência do advogado do arguido, por se tratar de nulidade de ordem pública e ter sido tempestivamente invocada.

Julgamos, porém, que o douto Acórdão da Relação devia ter decretado a nulidade, declarando quais os actos posteriores afectados por ela e mandando proceder à repetição dos actos nulos pela entidade competente.

É isto, que, salvo melhor opinião, nos parece justo e legal.

Lisboa, Janeiro de 1971.