

## OS ADVOGADOS PERANTE O PROCESSO PENAL

*Comunicação do Dr. António Caldeira Marques*

1. De conformidade com o disposto no artigo 570.º do Estatuto Judiciário, o advogado «deve, no exercício da profissão e fora dela, considerar-se um servidor do direito».

Considerar-se servidor do DIREITO é, antes de mais, exercer uma função de defesa em sentido amplo — defesa dos direitos dos sujeitos da relação jurídica objecto de uma lide; defesa dos princípios em que assenta o próprio DIREITO; defesa, em suma, da JUSTIÇA.

Na verdade, o advogado — pelo menos enquanto jurista — não pode deixar de fazer ouvir a voz do DIREITO, muito para além da defesa estrita da legalidade. E, é evidente, o DIREITO tem como fim último a própria JUSTIÇA.

2. Ora, durante a instrução preparatória «dirigida contra pessoa determinada, a defesa tem o direito de tomar conhecimento das declarações prestadas pelo arguido e das declarações e requerimentos dos assistentes; tanto a acusação como a defesa tem o direito de tomar conhecimento dos autos de diligências de prova a que pudessem assistir e de incidentes ou excepções em que devam intervir como partes» (artigo 70.º, § 1.º, do Código de Processo Penal).

Acrescenta-se, no citado § 1.º, que «a todos é imposto o dever de guardar segredo de justiça».

E, no § 4.º do mesmo artigo 70.º, estatui-se que «a violação do segredo de justiça é punível com a pena cominada no ar-

tigo 290.º do Código Penal» — prisão até seis meses e multa correspondente.

3. Preceitua o artigo 253.º do Código de Processo Penal que «o interrogatório do arguido será feito *exclusivamente* pelo Juiz, com a assistência de advogado e com a presença do escrivão que escrever o auto; quando o arguido tiver *advogado constituído*, deverá este ser convocado, e, não comparecendo nem enviando substituto, *será nomeado defensor oficioso. de preferência entre os indicados pelo arguido*».

Neste artigo, que se refere ao arguido preso, contém-se uma disposição digna de análise. Diz o seu § único :

«O advogado ou o agente do Ministério Público que interferirem durante o interrogatório não poderão continuar a assistir; o advogado será substituído por defensor *ad hoc*, ou por uma testemunha, que deverá declarar na acta, conjuntamente com o escrivão, ter assistido a todo o interrogatório.»

Note-se que a aplicação do disposto neste § compete ao juiz, pois é ele que preside a tal interrogatório. Note-se também que, por um lado, o advogado é substituído por uma testemunha (que expressamente deverá declarar ter assistido a todo o interrogatório), e que, por outro lado, o agente do Ministério Público não é substituído.

4. Seguidamente, se nos debruçarmos sobre o conteúdo dos artigos 254.º e segs., concluiremos que, em suma, se acautela:

- a) O interrogatório obedecerá a normas tendentes a garantir a autenticidade e liberdade das respostas do arguido;
- b) O direito do silêncio do arguido;
- c) O direito de defesa do arguido;
- d) A proibição de perguntas sugestivas ou cavilosas, ou acompanhadas de dolosas persuasões, falsas promessas ou ameaças.

5. Dispõe o artigo 262.º *in fine* que «o defensor poderá fazer anteceder a sua assinatura da arguição de qualquer nulidade».

6. Nos termos do artigo 264.º, os subsequentes interrogatórios de arguidos presos terão a assistência *do defensor*.

E, no § 2.º do artigo 265.º, vem expressamente referido que «tanto no primeiro interrogatório como nos ulteriores *o arguido poderá fazer-se assistir de advogado*», quando não estiver preso.

7. Qualquer interrogatório sem *assistência de defensor*, quando obrigatória, *ou se o advogado foi indevidamente impedido de assistir*, quando facultativa, *é nulo* (artigo 268.º).

De sublinhar que, nos termos deste mesmo artigo 268.º, *in fine*, a própria acusação deve considerar-se nula desde que «não tenha sido precedida de interrogatório do arguido, nos casos em que este é obrigatório».

8. «A entrega dos presos em flagrante delito ao Poder Judicial deve ser feita em acto seguido à prisão ou no mais curto espaço de tempo possível, dadas as circunstâncias, salvo o disposto nas leis de polícia, sob pena de procedimento criminal, que será imediatamente instaurado contra os que infringirem esta disposição.» (Artigo 290.º)

9. A captura do arguido é ilegal quando se destina a obter indícios suficientes da imputação ao mesmo, de uma infracção cuja existência foi previamente comprovada (artigo 291.º, § 1.º).

10. «Fora dos casos de flagrante delito, a detenção ou a prisão só poderá ser levada a efeito mediante ordem por escrito do Juiz, do Ministério Público ou das autoridades de polícia judiciária.

São autoridades de polícia judiciária, além do Ministério Público:

1.º — Os funcionários superiores dos órgãos privativos da Polícia Judiciária;

2.º — Os oficiais da Polícia de Segurança Pública e da Guarda Nacional Republicana com funções de comando ;

3.º — Os presidentes das câmaras municipais, ou os vice-presidentes quando neles estejam delegadas as funções de autoridade policial.»

Esta é a Lei processual penal, segundo rezam o corpo do artigo 239.º e o seu § único.

11. Os mandados de captura obedecem a requisitos de fundo e de forma (artigos 295.º e segs.), designadamente a indicação do facto que motiva a prisão, ou justifica a captura, e «a declaração de que é legalmente admissível ou inadmissível a liberdade provisória».

Os *mandados* de captura serão assinados pelo juiz.

«As *ordens* de captura do Ministério Público ou de autoridades de polícia judiciária estão sujeitos, com as devidas adaptações, aos requisitos e regime dos mandados de captura judiciais».

12. Em linhas gerais, e socorrendo-nos das disposições legais aplicáveis, procurámos tão só referir alguns aspectos da instrução essencialmente à luz das alterações do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio).

Acontece, porém, que, em 30 de Setembro, o Decreto-Lei n.º 368/72 veio conspurcar a relativa limpidez do nosso ordenamento processual penal.

13. Importa ter presente, num primeiro momento, que o artigo 6.º deste Decreto-Lei n.º 368/72 reza assim :

«Na instrução preparatória dos processos da competência da Direcção-Geral de Segurança serão observados os preceitos do Código de Processo Penal e as disposições constantes dos artigos seguintes.»

Ora, é exactamente do teor dos artigos seguintes que vamos tratar.

14. Começamos por lembrar a apontada distinção entre mandado de captura e ordem de captura nos termos do Código de Processo Penal.

Aqui, no entanto, na Direcção-Geral de Segurança, podem ordenar a prisão — enquanto autoridades de polícia judiciária, muito embora não contempladas no § único do artigo 293.º do Código de Processo Penal — o director-geral, subdirector-geral, inspectores superiores, directores de serviço, inspectores-adjuntos e inspectores».

15. O pior, porém, é que o artigo 8.º deste Decreto-Lei está em flagrante contradição com o disposto no Código de Processo Penal e, o que é muito mais grave, viola o estatuído na Constituição Política, ao cometer a polícias funções que a lei atribui ao juiz.

Com efeito, no artigo 71.º da Constituição Política consagra-se a divisão de poderes através dos órgãos de soberania (Chefe do Estado, Assembleia Nacional, Governo e Tribunais).

Ora, nos termos do artigo 116.º, a função judicial é exercida por tribunais.

Logo, se uma função essencialmente jurisdiccional passa a ser desempenhada por um polícia (que é agente do executivo), contém-se manifesta inconstitucionalidade na lei que em tal violação consente.

16. Aparece-nos depois o maquiavélico artigo 10.º que, na prática, afasta o *advogado constituído* dos interrogatórios sendo substituído (?) por defensor *ad hoc* ou por duas testemunhas qualificadas e obrigadas a guardar segredo de justiça.

Poderá pensar-se que, sendo escorraçado do interrogatório o advogado constituído, o arguido poderá escolher um defensor *ad hoc*?

Ou, então, a substituição é feita pura e simplesmente pelo polícia instrutor?

Ora, a solução que se nos afigura legal é a adoptada no artigo 253.º do Código de Processo Penal: «será nomeado defensor officioso de preferência entre os indicados pelo arguido».

Perguntar-se-á, no que respeita às testemunhas, qual o conceito de «testemunha qualificada», por um lado, e, por outro, qual o critério que deve presidir à escolha, entre todas as testemunhas qualificadas, de duas delas.

E quem é que escolhe as testemunhas: o arguido ou o polícia-instrutor?

Perguntar-se-á também se um defensor que não é técnico de Direito, poderá fazer uso da faculdade consignada no artigo 262.º do Código de Processo Penal — a arguição de qualquer nulidade, por escrito, no auto de perguntas?

Entender-se-á então, a esta luz, por testemunhas qualificadas pessoas com formação jurídica e, por isso mesmo, aptas a arguir qualquer nulidade?

Aliás, como conjugar a função do defensor com o disposto no artigo 11.º do mesmo Decreto-Lei?

Diz este artigo que «todas as questões, incidentes, excepções ou nulidades suscitadas na instrução preparatória que deverem, nos termos gerais, ser decididas jurisdicionalmente serão apreciadas quando o processo for enviado a juízo».

Para além do paradoxo evidente — funções jurisdicionais dos polícias, à luz do artigo 8.º, e actividade jurisdicional diferida, nos termos deste artigo 11.º —, perguntar-se-á naturalmente quem é que, uma vez interdita a assistência do advogado constituído aos interrogatórios, e sem acesso aos autos, vai suscitar questões, incidentes, excepções ou nulidades, enquanto o processo estiver na Direcção-Geral de Segurança?

17. De estranhar, outrossim, o teor do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 368/72, na medida em que o mesmo não se harmoniza com o disposto no § 2.º do artigo 55.º do Código de Processo Penal.

18. Feitas estas breves considerações, procuraremos focar dois aspectos do processo na fase de julgamento: o da plenitude da prova na audiência de discussão e julgamento, e o de impedimento dos magistrados que assinarem a declaração a que se refere o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 27 003, de 14 de Setembro de 1936.

19. Nos processos «políticos» instruídos pela D. G. S. toda a prova apresentada pela acusação na audiência de discussão e julgamento resume-se a duas testemunhas «crónicas» — quando não apenas uma — que vão declarar no Plenário, sob juramento, que os ora Réus, então arguidos, assinaram os respectivos autos «de sua livre e espontânea vontade».

Por via de regra, os Réus relatam pormenorizadamente as torturas a que foram submetidos, declaram que a «confissão» lhes foi extorquida sob coacção e, conseqüentemente, retiram todo e qualquer valor probatório às declarações confitentes que porventura tivessem assinado.

No entanto, os Réus são condenados com base nessas mesmas declarações feitas na D. G. S.

20. Tudo isto levou-nos a pôr o problema de a imparcialidade do tribunal estar em causa, no julgamento de Réus acusados de pertencerem ao Partido Comunista Português ou de desenvolverem actividades subversivas.

Assim, em 13 de Abril deste ano, num julgamento em que interviemos, no Plenário de Lisboa, ditámos um requerimento para a acta a solicitar que o tribunal se declarasse impedido e, conseqüentemente, fossem os Réus postos em liberdade, a fim de que não tivessem que aguardar sob custódia a constituição de um tribunal em cuja composição não entrassem magistrados vinculados ao compromisso referido no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 27 003.

A nossa fundamentação é, em linhas gerais, a seguinte :

- a) À luz do artigo 111.º do Estatuto Judiciário, a magistratura judicial tem de considerar-se absolutamente independente ;
- b) O artigo 135.º do mesmo Estatuto sublinha e pormenoriza tal independência ;
- c) Se um magistrado judicial está vinculado a um compromisso que reza textualmente o seguinte :

«Declaro por minha honra que estou integrado na ordem social estabelecida pela Constituição Política de 1933,

com activo repúdio do comunismo e de todas as ideias subversivas», claro que deixou já de ser independente, no campo político ;

- d) Ora, o referido *activo repúdio* implica uma tomada de posição, actuante, idêntica à da própria acusação, ou melhor com uma das partes na relação jurídica objecto da lide ;
- e) Logo, o magistrado judicial, que se configura necessariamente como ofendido nos processos políticos — por isso que a tal se obrigou através de compromisso de honra, fica impedido de funcionar no processo por força do disposto no artigo 104.º do Código de Processo Penal.

Não se diga que o Decreto-Lei n.º 27 003 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 49 397, de 24 de Novembro de 1969, que se limitou a abolir a declaração exigida por aquele Decreto-Lei n.º 27 003. Com efeito, não revogou o Decreto-Lei n.º 27 003 — nem expressa nem tacitamente —, nem muito menos desvinculou, fosse quem fosse, do compromisso anteriormente assumido nos termos do artigo 1.º do mesmo Decreto-Lei.

## CONCLUSÕES

- I — *O Decreto-Lei n.º 368/72 é inconstitucional, por isso que os seus artigos 8.º e 10.º violam o disposto, respectivamente, nos artigos 116.º e 8.º, n.º 10, da Constituição Política.*
- II — *Os magistrados judiciais que assinaram a declaração exigida pelo Decreto-Lei n.º 27 003 estão impedidos de funcionar nos processos em que os Réus vêm acusados de pertencerem ao Partido Comunista Português ou de terem ideias subversivas, na exacta medida em que se vincularam a um «activo repúdio do comunismo e de todas as ideias subversivas».*