

DIREITO DE PROTESTO

PROTESTO AO ABRIGO DA LEI

Pelo Prof. Doutor Germano Marques da Silva

SUMÁRIO:

Introdução; 1. As fontes; 2. O conceito: o acto e o direito de protesto; 3. A legitimidade e âmbito; 4. A transcrição na acta dos requerimentos e protestos; Conclusão.

Introdução

O n.º 2 do art. 362.º do Código de Processo Penal refere-se expressamente aos *protestos verbais* na audiência, dispondo que o presidente pode ordenar que a sua transcrição na acta seja feita somente depois da sentença, se os considerar dilatatórios. Não encontramos em qualquer outro Código ou regime processual norma que se refira ao *protesto*, mas no Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, há um artigo inteiro que tem por epígrafe “*Direito de protesto*”.

Temos assistido a protestos por tudo e por nada, a protestos sem qualquer base legal, a protestos que são puros disparates, a protestos recusados por desconhecimento do seu regime e a *protestos* ao abrigo da lei. Parece-nos que reina grande confusão sobre os termos, objecto e pressupostos deste direito instrumental e, por isso, vamos procurar contribuir para o seu esclarecimento e uso nos termos da lei.

1. As fontes

I. Como acima referimos, o Código de Processo Penal, após as alterações nele introduzidas pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, refere-se expressamente ao *protesto verbal* para regulamentar a sua transcrição na acta da audiência, não o referindo em qualquer outra disposição.

Já o Código de Processo Penal de 1929 dispunha no art. 458.º, na redacção originária, que todos os requerimentos ou *protestos verbais* constarão da acta da audiência ⁽¹⁾ e a modificação de redacção feita pelo Decreto-Lei n.º 2 096, de 23 de Maio de 1959, não lhe alterou o alcance ⁽²⁾.

A referência no n.º 2 do art. 362.º do CPP aos protestos verbais tem apenas por fim estabelecer a excepção contida no final do preceito e não regulamentar o direito e os termos do acto de protesto ou os casos em que deve ser transcrito na acta.

II. O n.º 1 do referido art. 64.º do EOA dispõe que *no decorrer da audiência ou de qualquer outro acto ou diligência em que intervenha, o advogado deve ser admitido a requerer oralmente ou por escrito, no momento que considerar oportuno, o que julgar conveniente ao dever de patrocínio*, e o n.º 2 que *quando, por qualquer razão, lhe não seja concedida a palavra ou o requerimento não for exarado em acta, pode o advogado exercer o direito de protesto, indicando a matéria do requerimento e o objecto que tinha em vista*. Finalmente o n.º 3 dispõe que *o protesto não pode deixar de constar da acta e é havido para todos os efeitos como arguição de nulidade, nos termos da lei*.

É esta norma do EOA que define os pressupostos e o objecto do direito e os termos e os efeitos do acto de protesto, mas, como veremos adiante, o direito de protestar não é prerrogativa exclusiva

⁽¹⁾ Art. 458.º: Todos os requerimentos ou protestos verbais constarão da acta da audiência, mas serão feitos directamente ao presidente do tribunal, que poderá ordenar que a transcrição na acta se faça somente depois da sentença, se entender que se tem por fim protelar o andamento da causa.

⁽²⁾ Art. 458.º: Todos os requerimentos ou protestos verbais constarão da acta da audiência, podendo o presidente do tribunal ordenar que a respectiva transcrição seja feita somente depois da sentença, se os considerar dilatatórios.

dos advogados nem o acto de protesto tem o âmbito limitado da previsão do art. 64.º do EOA.

2. O conceito: o acto e o direito de protesto

I. O significado comum da palavra protesto é o de *declaração formal de que um acto é ilegal ou que se não aceita* e é também nesse sentido que é usada no n.º 2 do art. 64.º do EOA. Se o advogado for impedido de requerer, quando o entender conveniente no exercício do patrocínio ou o requerimento não for exarado em acta, pode exercer o direito de protesto e o acto de protesto deve constar da acta.

O protesto, segundo o n.º 2 do referido art. 64.º, só tem, pois, lugar, quando o advogado for impedido de requerer ou o requerimento não for exarado na acta e *corresponde à declaração formal de não aceitação da decisão do tribunal*, por violação do direito que lhe é atribuído pelo n.º 1 do art. 64.º do EOA, mas o que importava essencialmente era o conteúdo do requerimento que o Advogado pretendia formular e a sua transcrição na acta e é por isso que no protesto se deve indicar a matéria do requerimento e o objecto que tinha em vista. É esta declaração formal que é havida para todos os efeitos como arguição de *nulidade*.

II. O protesto é essencialmente a declaração formal de que um acto é ilegal e a arguição de nulidade desse acto, e, por isso, pode ser formulado e deve sê-lo quando se pretenda arguir a nulidade enquanto o acto decorre, nos termos dos arts. 120.º, n.º 2, al. a) e 123.º do CPP.

Quando no decurso de um acto o advogado *protesta*, está a reclamar, a arguir a nulidade do acto que está a ser praticado, e a simples prolação da palavra *protesto* alerta a autoridade que preside ao acto para a eventual ilegalidade que está a ser cometida e deve, por isso, escutar a razão do protesto, os termos da arguição, o objecto do protesto, para invalidar o acto ou reparar a irregularidade.

Não é ao protesto enquanto declaração de arguição de nulidade no decurso de acto ou diligência que se refere o art. 64.º do

EOA, mas ao direito de protesto pelo impedimento do exercício do dever de patrocínio por parte do advogado.

III. O n.º 1 do referido art. 64.º do EOA dispõe que *no decorrer da audiência ou de qualquer outro acto ou diligência em que intervenha, o advogado deve ser admitido a requerer oralmente ou por escrito, no momento que considerar oportuno, o que julgar conveniente ao dever de patrocínio.*

É ao advogado que cumpre definir a oportunidade de requerer o que tiver por conveniente ao patrocínio, mas casos há em que se o requerimento não for imediato, isto é, no próprio momento em que determinado acto do processo está a ser praticado, o requerimento perde eficácia. Assim, por exemplo, se durante a audiência se comete uma irregularidade, deve logo ser arguida; se não o for, fica suprida (art. 123.º do CPP). Por isso que o juiz não conhece o conteúdo do requerimento antes deste ter sido formulado, o advogado deve ser admitido a requerer no momento que ele próprio considerar oportuno. O requerimento será depois deferido ou indeferido, mas não pode é ser recusada a sua formulação. Se recusada a formulação do requerimento, então e só então há lugar ao protesto, nos termos do art. 64.º do EOA, direito do advogado que lhe é conferido pelo seu estatuto profissional de fazer constar da acta o impedimento do exercício do patrocínio, protesto que não pode deixar de constar da acta.

IV. O direito de protesto é, assim, antes de mais, o direito do advogado de fazer registar na acta o impedimento ao exercício do seu dever de patrocínio e porque a violação desse direito constitui nulidade secundária ou irregularidade processual deve ser arguida imediatamente.

O n.º 3 do art. 64.º do EOA dispõe que o protesto é *havido para todos os efeitos como arguição de nulidade, nos termos da lei.* Esta nulidade não é só a do acto judicial impeditivo da formulação do requerimento — o advogado tem o direito de requerer *o que julgar conveniente ao dever de patrocínio* — mas também a eventual nulidade que pela via do requerimento se pretendia arguir.

No exercício do patrocínio o advogado tem o direito instrumental de requerer, *no momento que considerar oportuno, o que julgar conveniente ao dever de patrocínio*. A violação deste direito constitui irregularidade (art. 123.º do CPP). Por isso que do protesto deve constar o conteúdo do requerimento que o advogado pretendia formular e de que foi impedido, pois a irregularidade só deve ser reparada se afectar o valor do acto e não assim se for inócua.

O requerimento a cuja impedimento se refere o protesto podia ter por fim a arguição de qualquer nulidade ou irregularidade e por isso também que o protesto valha como a arguição dessa nulidade ou irregularidade que deixou de ser formulada pelo acto impeditivo do tribunal, devendo constar do protesto os termos da arguição que se pretendia formular pela via do requerimento verbal, isto é, *a matéria do requerimento e o objecto que tinha em vista*.

V. O Estatuto da Ordem dos Advogados dispõe que o protesto *é havido para todos os efeitos como arguição de nulidade, nos termos da lei*. O termo *nulidade* está usado em sentido amplo, abrangendo as várias espécies de nulidades, na terminologia própria do processo civil ⁽³⁾, e as nulidades e irregularidades, na terminologia do processo penal ⁽⁴⁾.

O protesto é, pois, um meio instrumental, uma declaração formal de que um acto é ilegal e corresponde à arguição da nulidade (em sentido amplo) dessa ilegalidade. Não é um desabafo, não é um aparte, é um acto formal de arguição de uma *nulidade de processo* ⁽⁵⁾.

3. Legitimidade e âmbito

I. Antes da reforma do Código de Processo Penal de 1987 tivemos informação de que eram por vezes recusados protestos

⁽³⁾ Cf. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, I, Coimbra, 1956, pp. 165 ss.

⁽⁴⁾ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, 1.º vol, Lisboa, 1986, pp. 188 ss.

⁽⁵⁾ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 165.

(sobretudo a sua transcrição na acta) com a alegação de que a lei processual os não previa, devendo considerar-se derogado o art. 64.º do EOA, pois não era defensável que só os advogados tivessem esse direito. É evidente que o direito de formular protesto nos termos do art. 64.º do EOA se estende a todos os defensores em processo penal, sejam ou não advogados, e aos representantes da acusação, por força do princípio da *igualdade de armas*.

A lei não se referia expressamente ao protesto nem precisava fazê-lo, pois já o art. 99.º do CPP dispunha que devia constar do auto *qualquer ocorrência relevante para a apreciação da prova ou da regularidade do acto* e, por isso, qualquer requerimento relevante devia constar do auto, mas não era clara a formulação do art. 362.º.

É que o acto de protesto, como já referido, é uma declaração formal de que um acto é ilegal ou que se não aceita, tem por objecto a arguição de uma nulidade e, por isso, corresponde a requerimento cuja objecto é essa arguição.

II. A questão que então se suscitava tinha que ver essencialmente com o que devia constar do auto ou acta, sendo de admitir que o juiz pudesse entender e decidir que o protesto — arguição verbal da nulidade — não deveria constar porque era julgado irrelevante. Foi a esta discricionaridade que se procurou atalhar na reforma, ao dispor expressamente que o protesto deve ser sempre transcrito na acta, embora possam ser só transcritos depois da sentença, quando forem considerados dilatatórios.

III. Temo-nos referido sobretudo ao processo penal, pois é no Código de Processo Penal que é feita expressa referência ao protesto, mas o direito de protesto não é exclusivo deste ramo do direito. Vale para todos os ramos do direito processual em que haja audiência, em que o advogado seja admitido a intervir oralmente e em todas os actos ou diligências em que intervenha. Assim, no processo penal, pode exercer-se o direito de protesto no interrogatório de arguido, quer perante o juiz quer perante o Ministério Público, na fase do debate instrutório, na audiência, etc.

4. A transcrição na acta dos protestos e dos requerimentos

I. É clara a lei vigente quanto à transcrição no auto ou na acta.

O art. 64.º do OEA di-lo expressamente. O Código de Processo Penal di-lo de forma indirecta no n.º 2 do art. 362.º, ao dispor que o presidente pode ordenar que a transcrição dos protestos verbais seja feita somente depois da sentença, se os considerar dilatatórios. Resultava e resulta da al. d) do n.º 3 do art. 99.º do CPP.

Se o protesto não constar do auto ou acta é como se não tivesse existido (*quod non est in actis non est in mundo*) e, por isso, a omissão da transcrição do protesto traduz-se na sua não existência, mas tendo existido então a consequência é a nulidade do auto ou da acta, a arguir nos termos legais ⁽⁶⁾.

Já na vigência do CPP de 1929 se discutia se da acta deviam constar todos os protestos ou somente aqueles que fossem de interesse para a causa, sendo entendimento dominante o de que deviam constar somente os que fossem de interesse para a causa. Fundava-se esse entendimento na circunstância de o art. 357.º do CPP de então, mandar mencionar na acta apenas os factos ocorridos na audiência e que fossem de interesse para a causa ⁽⁷⁾.

Parece-nos que face ao teor do art. 64.º do EOA e ao n.º 2 do art. 362.º do CPP é agora sempre obrigatória a transcrição dos protestos verbais feitos em audiência, quando se trate do exercício do direito de protesto conferido por aquela norma do Estatuto.

II. O juiz pode ordenar que a transcrição se faça somente depois da sentença, se considerar o protesto dilatatório. Mas como consignar depois o que se disse, se não foi tomada nota?

Parece que o juiz deve ouvir o protesto formulado oralmente, decidir se é de transcrever imediatamente, como será a regra, ou depois da sentença, se considerar que o protesto é dilatatório.

Parece-nos, porém, que o juiz deve consignar na acta, em síntese, o teor do protesto e a decisão sobre a arguição de nulidade que

⁽⁶⁾ M. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 10.ª ed., Coimbra, 1999, p. 648.

⁽⁷⁾ LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, 5.º vol., Coimbra, 1933, p. 255.

o protesto representa, deixando para depois da sentença a sua transcrição ⁽⁸⁾. Só assim se dará conta do que se passou de relevante na audiência.

III. Mas será que todos os requerimentos têm de ser transcritos na acta e se não o forem há direito de protesto?

Creemos que não. Na acta devem ser só transcritos os requerimentos que sejam relevantes para a apreciação da prova ou da regularidade do acto [art. 99.º, n.º 3, al. *d*] do CPP], não devendo ser transcritos os requerimentos que não tenham esse objecto.

Também não nos parece que todos os actos de protesto que não correspondam ao estrito exercício do direito de protesto devam ser transcritos. Assim, se no decurso de um acto ou diligência é formulado um protesto, arguindo a nulidade desse acto, e o acto é de imediato invalidado ou a irregularidade reparada, não se torna necessário transcrever o protesto, porque a sua transcrição não é relevante para a apreciação da prova ou da regularidade do acto. Já não assim quando esse protesto não é atendido e é então que se verificam os pressupostos do *direito de protesto*, nos termos do art. 64.º do EOA.

IV. O Código refere-se aos requerimentos e protestos verbais e parece que a restrição se aplica tanto aos requerimentos como aos protestos. O artigo não se aplica aos requerimentos e protestos escritos, nem haveria razão para os transcrever na acta. Esta somente pode e deve mencionar o facto da sua apresentação, juntando-se o requerimento escrito aos autos.

O protesto escrito não é senão um requerimento a arguir a nulidade.

Conclusão

Há que distinguir o acto de protesto, que corresponde à arguição de uma nulidade, do direito de protesto definido no art. 64.º do EOA.

⁽⁸⁾ Perante disposição semelhante do Código de Processo Penal de 1929, Luís Osório, *ob. cit.*, p. 254,

O direito de protesto conferido aos advogados pelo art. 64.º do EOA corresponde em primeira linha à arguição da nulidade pelo impedimento do exercício do dever de patrocínio, nos termos definidos naquela norma, e só como consequência a outra eventual nulidade que o advogado foi impedido de arguir ou que tendo sido arguida não foi exarada em acta, quando o devia ser.

Protestemos, pois, e protestemos veementemente sempre que formos impedidos de exercer o nosso dever, porque se não protestarmos violaremos o dever de patrocínio e por isso somos responsáveis no plano jurídico, deontológico e também moral. Mas protestemos só quando tivermos fundamento para protestar ⁽⁹⁾.

(9) O protesto é um incidente e como tal sujeito a taxa de justiça, nos termos do art. 513.º, n.º 1 e 515.º, n.º 1, al. c) do CPP.