

a verdade.

Adquirida uma verdade para o M. P., se pode fundamentar sobre ela uma acusação, ele introduz o feito em juízo, ao contrário do que antes sucedia, em que o processo apenas ultrapassava uma fase.

Só a partir daqui há realmente partes.

Pois bem: na instrução, como não há parte acusadora, perdeu, na lógica do sistema, justificação a intervenção do advogado ou defensor.

Pois como justificar a existência deste se a tese afirmada na denúncia não tem quem a represente com presença?

Ainda a lógica admitiria tal intervenção se se sustentasse que o assistente deveria intervir também, e que saibamos ninguém o afirma. E, mesmo assim, o desequilíbrio manter-se-ia na hipótese de não haver assistente constituído.

Parece-nos, pois, que é insustentável a vigência daqueles preceitos em face do novo sistema processual. Eles foram derogados.

Observe-se que não recusamos a possibilidade e necessidade legal de intervenção de advogado ou defensor, em certos casos.

Realmente, sempre que o juiz é, na instrução preparatória, chamado a pronunciar-se — e isso sucede quando há lugar à definição de direitos — então, porque se configura, ainda que só esboçada como possível, uma lide, a lei e o sistema impõem a nomeação de defensor. Aí o M. P. provoca a intervenção do juiz para sancionar ou não uma medida para se pronunciar sobre um direito.

É o caso em que o M. P. suscita o incidente de alienação mental em que, precisamente porque o juiz é chamado a pronunciar-se sobre uma pretensão, a lei impõe a nomeação do defensor — art. 127 do C. P. Penal.

Também entendemos que, se o M. P. provoca a intervenção do juiz para definir da legalidade da prisão ou da sua manutenção, se impõe a nomeação do defensor ou a intervenção de advogado.

Mas a falta de tal nomeação não pode inquinar as declarações anteriores ou posteriores prestadas perante o M. P. ou quem

suas vezes faz.

Que isto assim é, parece resultar também do facto de quando o M. P. prorrogar o prazo para apresentação de um detido em juízo, nada legalmente obstar a que este seja interrogado durante esse período. E nada na lei impôs que nessa fase seja necessária a intervenção de advogado. Segue-se daí que tais declarações sejam insignificativas para o processo, marginais?

Parece que não, pois, de contrário, seria inútil tal prorrogação, na maior parte dos casos.

Conclusões:

1.^a Não podendo os tribunais anular quaisquer actos praticados em instrução preparatória, como no douto acórdão recorrido se reconhece, também os não poderão desatender ou ignorar negando-lhes qualquer força probatória mesmo que não tenham obedecido aos critérios de legalidade estabelecidos na lei processual.

2.^a Embora a força probatória das declarações do arguido deva ser graduada pelos tribunais, consoante a sua maior ou menor credibilidade resultante de certas circunstâncias de maior ou menor espontaneidade ou liberdade em que foram prestadas, não seria o simples facto da assistência de advogado ou defensor nomeado que garantiria ou arredaria uma convicção segura sobre a existência ou não de tais circunstâncias.

3.^a Derrogados pelo decreto 35 007, de 13-10-1945, os preceitos do Código de Processo Penal que, em instrução preparatória, impunham a assistência de advogado ou de defensor officiosamente nomeado aos interrogatórios e declarações dos arguidos, tal não é admissível hoje, actos a que o Ministério Público preside por força do princípio inquisitório que domina o sistema introduzido por aquele decreto na nova lei processual penal.

4.^a A Relação declarando a ilegalidade das declarações prestadas pelo arguido, em instrução preparatória perante os magistrados competentes do Ministério Público, e negando-lhes consequentemente qualquer força probatória, violou por erro de interpretação e aplicação o disposto nos arts. 1 e 12 e seus parágrafos do dec.-lei 35 007, 24 do dec.-lei 35 042 na redacção do dec.-lei 39 351, 172 n. 1 do Estatuto Judiciário, 279 e 249 § 1.º do Código de Processo Penal.

5.^a O duto acórdão recorrido deverá portanto ser revogado na parte em que negou qualquer valor ou força probatória às declarações prestadas pelo arguido, ordenando-se que o processo volte a esta Relação a fim de se pronunciar sobre se há ou não indícios suficientes para a pronúncia, atenta a consideração de toda a prova produzida incluindo aquelas declarações prestadas em inteira conformidade com a lei.

No entanto esse mais Alto Tribunal decidirá esta melindrosa questão com a costumada

Justiça.

O procurador da República

MANUEL DOS SANTOS CARVALHO

XIII

ALEGAÇÃO DO RECORRENTE DR. JOSÉ FREIRE DA CRUZ QUEIROZ, PARA O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*)

O presente recurso tem por objecto a parte desfavorável do douto acórdão de fls. 780 dos autos, ou seja, precisamente aquela que deu provimento parcial ao recurso do M.^o P.^o, por a Relação haver decidido, mas não por unanimidade neste particular, que o despacho do Sr. Subdirector da Polícia Judiciária lavrado a fls. 533 e ss., era em si mesmo irrecurável, e, portanto, ao mesmo tempo, insusceptível de poder ser revogado judicialmente, como foi, pelo douto despacho do M.^{mo} Juiz da comarca, de fls. 734.

Decidiu-se concomitantemente, e de certo modo com coerência, que o dito despacho de fls. 533 e ss. não podia porém formar caso julgado no processo, posto que não será uma decisão jurisdicional (fls. 783-v.), ou assim se salvaguardando a possibilidade de uma justa decisão para a questão fundamental ao recurso de então — nulidade e ilegalidade das declarações tomadas ao arguido, porque prestadas sem a necessária assistência do defensor.

Aquele primeiro aspecto do problema agora em apreço necessitará todavia de ser devidamente dilucidado. Com efeito, dispondo a lei com a maior clareza que a nulidade da falta de nomeação de defensor deve ser arguida no prazo de cinco dias a contar da junção da procuração aos autos (§ 5.^o do art. 98 do C. P. Penal) e podendo o arguido constituir advogado em qualquer altura do processo (art. 49 do dec.-lei 35 007), ou se entende que o conhecimento

(*) A fls. 809-816 dos autos.

judicial de tal nulidade fica relegado, mesmo em primeira mão, para um momento muito posterior à detenção, v. g., para o despacho de pronúncia — e temos por essa via de interpretação o arguido despojado praticamente das necessárias garantias de defesa que lhe são constitucionalmente reconhecidas sem quaisquer restrições neste particular, antes da formação da própria culpa (n. 10 do art. 8 da Constituição Política) — ou se há-de procurar uma outra solução que dê ao princípio constitucional o carácter de garantia mais efectiva para o cidadão detido. Vejamos, pois:

Dispõe o art. 8 do dec.-lei 45 042 e dispõe, mais apropriadamente até, quanto à competência dos subdirectores da Polícia Judiciária, o n. 19 do art. 44 do mesmo diploma, que ao subdirector compete *«exercer as funções que cabem ao juiz, durante a instrução preparatória, relativamente à manutenção da prisão, à libertação dos detidos, mediante caução ou sem ela, e à aplicação provisória de medidas de segurança, nos termos da lei processual»*.

Já se tem sustentado que estas disposições do dec.-lei 45 042 — v., por todos, FRANCISCO SALGADO ZENHA: *Notas sobre a Instrução Criminal [apreendidas pela Censura]* — são materialmente inconstitucionais, porque em opposição directa e frontal com o disposto no art. 116 da Const. Pol. que é expresso em estatuir que a função judicial é exercida pelos tribunais.

Dê-se porém de barato aqui, momentâneamente, por mera facilidade de raciocínio, que o não sejam (de outro modo há-de convir-se que no nosso País, ao longo destes últimos 25 anos pelo menos, tem havido milhares, milhares e milhares de pessoas detidas pelas polícias em condições de manifesto desrespeito e violação material dos próprios preceitos constitucionais...).

Fique-nos para este efeito, por agora, porém, apenas o recurso às locubrações doutrinárias dos ilustres autores dos Pareceres da Procuradoria-Geral da República sobre a matéria, e do próprio autor, como Ministro da Justiça, dos decretos em causa (dec.-lei 35 007, dec.-lei 35 042, etc., etc.) — o Professor Cavaleiro de Ferreira.

Comecemos por este último. Que nos diz ele?

A respeito da validação das capturas pelos subdirectores da Polícia Judiciária, na instrução preparatória, S. Ex.^a começa por

referir que

o dec.-lei 35 042 separou as funções dos inspectores das funções de director e subdirector da Polícia Judiciária, «cabendo só a estes as funções reservadas ao juiz na instrução preparatória». E acrescenta: «Esta função é quase-jurisdiccional, como acentua o relatório do dec.-lei 35 042: é jurisdiccional no seu objecto, e quase-jurisdiccional porque exercida por órgãos pertencentes ao Ministério Público» (*Curso de processo penal*, II, Lisboa, 1956, pp. 428 e 429).

Avancemos agora mais um pouco e vejamos o célebre Parecer da Procuradoria-Geral da República de 2 de Setembro de 1946 (*B. M. J.*, 3, pp. 95 e ss.) onde afinal uns querem ver o reconhecimento oficial de que o arguido deve estar assistido sempre por defensor nos interrogatórios policiais, e de onde outros (não, porém, o Prof. Cavaleiro de Ferreira, que ao fim e ao cabo foi quem o suscitou como Ministro da Justiça — que o era na época, frize-se bem), de onde outros, dizíamos, fazem ainda hoje decorrer a construção teórica e doutrinal de que tal assistência só será obrigatória nos interrogatórios do arguido detido levados a efeito para a validação da sua captura.

Que nos diz porém tal Parecer nesta matéria da competência dos directores (e subdirectores) da Polícia Judiciária? Nem mais nem menos do que o seguinte:

«Pela importância e gravidade da detenção sem culpa formada, a lei organizou o *processo judicial* [sublinhado nosso] para a sua confirmação — art. 21 do dec.-lei 35 007 e art. 8 do dec.-lei 35 042.»

Torna-se portanto indiscutível que, no próprio entendimento oficial, o subdirector da Polícia Judiciária, embora enquanto órgão do M.^o P.^o, intervem também *como juiz*, num *processo judicial* incidental, existente dentro do processo principal, ou seja, na própria instrução preparatória, sempre que haja arguidos detidos pela Polícia Judiciária.

Se avançarmos um pouco mais, temos agora um outro Parecer da Procuradoria-Geral da República, de 25-2-1947, mais esclarecedor ainda se possível, este com despacho ministerial homologatório de 26-11-1947 (sempre do Prof. Cavaleiro de Ferreira). Pode ler-se, por exemplo, a pp. 930 ss. do *Código do Processo Penal* da autoria do

Prof. EDUARDO CORREIA e do Dr. ANTÓNIO FURTADO DOS SANTOS, Livraria Atlântida, 1953.

Na alínea d) deste Parecer que versa sobre a matéria da «entidade competente para ordenar a soltura de presos ou detidos», diz-se *ipsis verbis*:

«Pode realmente conceber-se a apresentação como simples acto quase jurisdiccional da legalidade da prisão, isto é, como simples confirmação desta; mas pode conceber-se também como garantia mais ampla da liberdade, de forma a abranger a própria duração da prisão. No primeiro caso, o juiz, verificada a legalidade da detenção e autorizada a subsistência desta, nada mais tem que ver com o preso até que seja instaurada a acção penal: a entidade instrutora, à ordem de quem ele fica, pode livremente soltá-lo, se o entender conveniente ou necessário. No segundo caso, pelo contrário, o preso não é só presente ao juiz para aquela decisão: é-lhe entregue, ficando, daí por diante, sob a égide do poder judicial e não podendo, portanto, ser solto, se não por ordem deste.

Ora, de várias disposições legais parece coligir-se a conclusão de que é esta segunda a orientação consagrada da nossa legislação. Não falamos já nas disposições do Código de Processo Penal onde essa conclusão era evidente e inevitável, aliás, em virtude dos poderes de exclusiva direcção reconhecidos ao juiz.

Embora os preceitos desse Código relativos a arguidos presos sejam, em princípio, mantidos pelo art. 21 do dec.-lei 35 007, podiam, neste particular, dever considerar-se alterados pela nova organização processual. Mas não sucede assim. Em primeiro lugar, esse art. 21 não contém qualquer providência em tal sentido, como seria natural se quisesse modificar o sistema vigente. Por outro lado, o art. 2, alínea a), do dec.-lei 35 043, sobre a providência do *habeas corpus*, continua a falar no prazo para a entrega dos detidos ao poder judicial. E o art. 44, n. 19, do dec.-lei 35 042, repetindo por forma ainda mais clara o disposto no art. 8, fala nas «funções que cabem ao juiz, durante a instrução preparatória, relativamente à manutenção da prisão, à libertação dos detidos, mediante caução ou sem ela», etc.

De tudo isto se conclui que, desde a apresentação, o detido fica à ordem do juiz a ele competindo, portanto, ordenar a sua soltura quando seja caso disso. Na Polícia Judiciária, a ordem compete, no mesmo modo, ao director ou subdirector, de harmonia com o princípio fundamental do art. 8 do dec.-lei 35 042 (Parecer cit., loc. cit., pp. 936 e 937).

A transcrição foi longa mas reputa-se preciosa. Com efeito, se o preso é entregue ao juiz — director ou subdirector da Polícia Judi-

ciária —, se «fica daí por diante *sob a égide do poder judicial*», resolvidos se encontram os vários problemas postos, sob pena, repetese, de inconstitucionalidade material do art. 3 e do n. 19 do art. 44 do dec.-lei 35 042.

Para a resolução do nosso problema, pois, tudo se resumirá em interpretar correctamente o disposto no art. 645 do C. P. Penal, o qual é expresso em determinar irrestritamente que

«é permitido recorrer dos despachos, sentenças ou acórdãos, proferidos por quaisquer juizes, em matéria penal, que não forem expressamente exceptuados por lei».

A amplitude dada à faculdade de recorrer pela parte final do preceito, em ligação quer com a precisão anterior da matéria, como matéria penal, quer com o designativo «quaisquer juizes», mostra que estão abrangidos aí, sem sombra de dúvida, cremos bem o juiz-director e os juizes-subdirectores da Polícia Judiciária, e isto sejam ou não os actos por eles praticados qualificados de quase-jurisdição ou qualificados antes como de jurisdição materialmente inconstitucional, porque exercida à margem de qualquer tribunal ordinário ou especial (citado art. 116 da Constituição Política).

Neste entendimento, único que temos por válido para efectiva afirmação prática imediata do outro preceito constitucional que confere aos arguidos as necessárias garantias de defesa antes da formação da culpa (n. 10 do art. 8) permanece íntegro o disposto no art. 653 do C. P. Penal, ao abrigo do qual foi justamente interposto o recurso, sem opposição do M.º P.º, antes até com a sua expressa concordância ou anuência, do dito despacho do subdirector da Polícia Judiciária do Porto que o M.º Juiz da comarca de Lousada veio a revogar precisamente ao proferir, *por ordem da Relação*, o despacho a que alude o n. 1 do art. 744 do C. P. C.

Com o ilustre Desembargador vencido, temos nesta parte como certo que o conhecimento judicial do recurso sobre tal despacho já fora decidido no acórdão de fls. 728 ss., que transitara e formara portanto caso julgado dentro do processo. De salientar é que o mesmo entendimento se manifesta logo no primeiro período do despacho do M.º Juiz da comarca que diz:

«Decidido pela Veneranda Relação ser da minha competência a emissão do despacho previsto no art. 744 do C. P. C., não só relativamente à pronúncia mas também à decisão proferida a fls. 533 ss. pelo Ex.^{ma} Subdirector da Polcia Judiciária [...].»

A questão não é, de resto, tão pouco despicienda como isso.

Não se deve, com efeito, perder de vista que a detenção sem culpa formada pode, nas polícias do nosso País, atingir o limite máximo quase inconcebível de 180 dias — «longa noite polar», como já lemos algures — em que o cidadão-suspeito, mas potencialmente inocente, como que forçosamente hiberna, tanta vez em calabouços da pior espécie. Seria pois inconcebível que o arguido, «sui juris», ficasse no entanto praticamente despojado de quaisquer direitos judiciais, ou melhor, jurídico-penais, nesse longo período, que não pudesse, em suma, reagir processualmente, sequer pela via da simples interposição de um recurso contra despachos do director ou subdirector das polícias proferidos a respeito de questões por si suscitadas, nomeadamente quanto à libertação e manutenção da prisão, com ou sem caução, nos termos da lei processual (referidos art. 8 e art. 44 n. 19 do dec.-lei 35 042).

O longo despacho de fls. 533 ss. é, aliás, rigorosamente, um despacho desta natureza. As questões suscitadas no requerimento de arguição de nulidades que o provocou visavam invalidar a prisão e obter a libertação do detido, em primeira linha, também pela ilegalidade, que a Relação justamente reconheceu existir, da falta de assistência de defensor aos interrogatórios policiais.

A vingar a tese do acórdão quanto ao problema que aqui se discute, deixar-se-ia praticamente sem entraves de qualquer espécie, como que num Estado-policia! puro, negação do Estado-de-Direito, durante o tempo da prisão preventiva, as actuações ilegais das polícias. O reconhecimento duma violação da lei comum tem necessariamente que determinar a anulação *judicial* dos actos ilegais, sobretudo quando, pelo valor dos interesses em jogo, o próprio legislador expressamente o declare, como é o caso de agora (art. 98 § 1.º do C. P. Penal). Aliás, a dita independência entre os tribunais e as polícias, com a efectiva subordinação destas ao Governo, não será afectada com isso. Pela providência do habeas corpus, por mais insuficiente que este seja, também o poder judicial inter-

fere com as polícias. E não se pode perder ainda de vista que no próprio relatório do dec.-lei que institui o habeas corpus no nosso País se lê:

«O habeas corpus não é um processo de reparação dos direitos individuais ofendidos, nem de repressão das infracções cometidas por quem exerce o poder público, pois que uma e outra são realizadas pelos meics civis e penais ordinários».

A anulação, nos casos pertinentes, dos actos de instrução preparatória pelo Poder Judicial, particularmente dos relativos à libertação ou manutenção da prisão, sendo afinal a afirmação simples do império e da igualdade da lei não será ainda uma repressão eficaz das infracções, mas apenas um começo dela... e bem necessário. A revogação dos despachos ilegais segue-se portanto na mesma lógica irrefutável dos princípios, ainda mesmo quando se entenda que não podem ser dadas ordens à Polícia ou ao Ministério Público para que de futuro paute a sua actividade nos termos que se reputaram legais... e não obstante ser evidente que «no exercício da acção penal, o Ministério Público está sujeito ao princípio da legalidade» (Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA: *Curso de processo penal*, I, p. 44).

Que se não repita assim, aqui, mais uma vez, a história do aprendiz de feiticeiro ou a parábola de que a criação escapou ao próprio criador... ou seja, neste caso, ao próprio Prof. Cavaleiro de Ferreira.

Mas, se a prática de actos inúteis no processo é proibida por lei (art. 137 do C. P. C. e § único do art. 1 do C. P. Penal), a que outro título então, Ilustríssimos e Venerandos Conselheiros deste Supremo Tribunal, a que título então teria sido lavrado o despacho de fls 533 ss., quando expressamente, para mais, mandado notificar ao advogado do recorrente, com cópia, como do mesmo despacho se vê?

E se ainda há bem poucos dias o Sr. Ministro da Justiça afirmou publicamente, no acto de posse do Ex.^{mo} Conselheiro-Presidente do Tribunal da Relação do Porto, que «compete aos tribunais a tarefa de impedir que a força do direito seja substituída pelo direito da força» (*Primeiro de Janeiro*, de 8-11-1970), como materializar tal competência se fossem os próprios Tribunais os primeiros a denegar

a anulação dos actos das Polícias que no entanto declararam ilegais, como acontece no caso em apreço?

Este processo, efectivamente, como aliás já se disse no requerimento de fls. 600 e nas alegações de fls. 695, ressuma tanto de desrespeito da lei por parte dos funcionários da Polícia, materializando assim, por uma tal via, o «direito da força», e isto mau grado dispor o detido da protecção de uma família com indiscutível projecção social, que não podem deixar de ficar a pairar inquietantemente, no espírito de todos nós, porventura até como certezas, perguntas as mais variadas, e, dentre todas elas, a seguinte: desacompanhado de defensor, o arguido corre ou não corre nas polícias, de modo muito mais sério, o risco de ser, mais do que sujeito de prova, objecto de sevícias e maus tratos?

Conclusão:

a. No despacho do sr. Juiz-Subdirector da Polícia Judiciária de fls. 533 ss. decidiram-se questões directamente ligadas com a nulidade da detenção do recorrente, relativas portanto quer à sua libertação imediata quer à manutenção da prisão.

b. Destaca-se de entre elas a da falta de assistência de advogado constituído ou defensor officioso a todos os interrogatórios a que o recorrente, como detido, foi sujeito na Polícia Judiciária, inclusive aquele em que foi interrogado pelo Sr. Subdirector, quando lhe foi presente em regime de prisão preventiva.

c. Trata-se, portanto, de matéria jurisdicionalizada, intimamente correlaccionada com a salvaguarda da liberdade individual e com a acusação e a pronúncia, como justamente se assinala no douto voto de vencido, neste aspecto, do ilustre Desembargador Alves Peixoto.

d. Por força do disposto no art. 98, § 1.º do C. P. Penal, da preterição de uma tal formalidade, exigida quer pelo n. 10 do art. 8 da Constituição quer pelos arts. 244 § 1.º, 178 e 279 daquele primeiro diploma, decorria automaticamente a anulação da própria prisão e de todos os actos subseqüentes com ela ligados.

e. No próprio entendimento da Procuradoria-Geral da República (nem por isso deixou, no entanto, de recorrer) e do Ministro

da Justiça da época, a competência deferida ao director e subdirectores da Polícia Judiciária pelo art. 8 e pelo n. 19 do art. 44 do dec.-lei 35 042, traduz mais que a prática de actos de quase-jurisdicção, ou seja, de actos não só «jurisdicionais no seu objecto» mas significantes também da existência, dentro da própria instrução preparatória, de um «processo judicial» para a confirmação da detenção sem culpa formada, por via do qual o detido fica «entregue» ao juiz, que no caso é o subdirector, e, nessa medida, «sob a égide do poder judicial» (Pareceres de 2-9-1946 e 25-2-1947, este com despacho ministerial homologatório de 26-11-1947).

f. A entenderem-se tais actos da competência do director e subdirectores da Polícia Judiciária de modo diferente, então serão eles materialmente inconstitucionais, bem como as disposições referidas nos arts. 8 e 44 n. 19, do dec.-lei 35 042, porque em manifesta contradição frontal com o disposto no art. 116 da Constituição Política vigente.

g. O referido despacho de fls. 533 ss. era, pois, susceptível de recurso judicial comum, e penal, por efeito do disposto nos arts. 645 e 653 do C. P. Penal.

h. O despacho do M.^{mo} Juiz da comarca, de fls. 734 ss., que, ao abrigo do disposto no art. 744 n. 1, do C. P. C., revogou em parte aqueloutro de fls. 533, por julgar, pelo seu lado, verificar-se a nulidade arguida da falta de defensor em *todos* os interrogatórios do recorrente enquanto detido, foi portanto proferido legalmente e com a competência que advém dos normativos referidos.

i. Mais ainda: tal despacho veio a ser proferido pelo M.^{mo} Juiz da comarca em estrita obediência ao douto acórdão de fls. 728, que, por sua vez, decidiu obviamente do conhecimento judicial de *todos* os recursos interpostos ao tempo.

j. Evidencia-se ainda que o recurso do despacho de fls. 533, determinativo do despacho do M.^{mo} Juiz da comarca, fora admitido sem qualquer opposição, antes até com inteira concordância do Ministério Público, que o considerou perfeitamente legal, como se vê de fls. 601 e 602 dos autos.

k. Decidindo contrariamente e concedendo por isso provimento parcial ao recurso do despacho de despronúncia, precisamente na parte tocante à revogação pelo M.^{mo} Juiz da comarca do despacho

de fls. 533 ss., o douto acórdão da Relação violou, por erro de interpretação a aplicação, o disposto nos arts. já referidos, a saber, art. 98, n. 4, §§ 1.º e 5.º, art. 278, art. 279, art. 645, todos do C. P. Penal, art. 21 e §§ do dec.-lei 35 007, e arts. 8 e 44, n. 19 do dec.-lei 35 042, além dos arts. 673 e 744 n. 1 do C. P. C. e dos arts. 3, n. 10 e 116 da Constituição Política, pelo que deve nessa parte ser revogado e substituído por douto acórdão deste Supremo Tribunal que negue total provimento ao recurso do despacho de despronúncia, sem prejuízo pois de os autos ficarem a aguardar a produção de melhor prova.

Assim se fará sem dúvida melhor

Justiça!

Dado que pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados foi deliberado conceder patrocínio ao recorrente, junta-se desde já procuração do Ex.^{mo} Bastonário.

O advogado

ARNALDO MESQUITA

XIV

CONTRA-ALEGAÇÃO DO RECORRIDO DR. JOSÉ FREIRE DA CRUZ QUEIROZ, PARA O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*)

1. O presente recurso contém questões da mais alta importância. O acórdão que V. Ex.^a vão sobre ele proferir assumirá por isso um valor especial.

E porquê?

Essencialmente por dois motivos.

A nossa legislação sobre processo penal é do mais caótico que se possa imaginar.

Existe em teoria um Código do Processo Penal, mas retalhado por uma legislação avulsa tão abundante que constitue um verdadeiro quebra-cabeças saber quais das suas disposições se mantêm em vigor ou não. A construção e elaboração doutrinárias do processo penal são em geral, entre nós, de uma desoladora indigência.

As nossas Faculdades de Direito — apesar de obrigadas por lei a ensinarem-no — não produziram nos últimos 44 anos qualquer manual didáctico ou curso sobre a matéria, de cunho científico, verdadeiramente digno desse nome. (O *Curso de processo penal* do Prof. Cavaleiro de Ferreira, mau grado os méritos intellectuais do seu autor, não é propriamente uma obra científica, mas uma tentativa de auto-justificação das infelizes reformas de

(*) A fls. 820-832 dos autos.

1945 por ele introduzidas quando sobraçou a pasta da Justiça, em que se nota um certo arrependimento — o que é louvável —, mas onde nada se clarifica nem explica, como é óbvio, dado o carácter «sui generis» de tal trabalho).

A crítica pública da legislação actual também não é possível. As autoridades administrativas e policiais impedem-na, apreendendo as obras nas quais ela se tenta e perseguindo os seus autores.

Poderá mesmo dizer-se, sem receio de errar, que nunca na nossa história se assistiu a uma degradação e obscurecimento tão completos de um dos ramos do direito público considerado em qualquer sociedade civilizada como dos mais importantes. O processo penal é, como se sabe, o código das pessoas honestas, tal como o código penal é o código dos criminosos. Mas parece que actualmente as pessoas honestas não suscitam grande interesse, porque não se tem conhecimento de nenhuma iniciativa das esferas competentes tendente a clarificar e unificar a caótica monstruosidade da nossa legislação processual penal, apesar da codificação estar agora na moda a avaliar pela quantidade de códigos que se publicam. O advogado Dr. Francisco Sá Carneiro lembrou-o, de resto, na Assembleia Nacional, mas as orelhas competentes continuaram moucas. Será que se pensa não existirem no nosso País, presentemente, pessoas honestas ou que estas não merecem ser protegidas?

2. É inútil e infrutuoso querer esmiuçar exegeticamente as múltiplas, extravagantes e escatológicas disposições sobre a matéria. Para compreender o que se passa é necessário elevarmo-nos um pouco acima da exegese e situar histórica, lógica e racionalmente a actual legislação.

Tentaremos fazê-lo em poucas palavras.

Quer durante a Monarquia absoluta, pelo menos desde as Ordenações Afonsinas, quer durante a Monarquia liberal, quer durante a República de 1910, quer até sob a vigência do Estado Novo até 1945, o princípio-regra do nosso Direito foi sempre o de que a instrução dos processos criminais é da competência de juizes.

Nem em boa lógica jurídica se pode pensar ou legislar de modo diverso. Se um processo penal é um processo *judicial*, com toda a evidência todo ele, tanto na instrução escrita como no julgamento oral, tem de competir a *juizes*.

Era esse o sistema, portanto, vigente em 1945, consagrado no Código de Processo Penal teòricamente ainda hoje em vigor, e que fora promulgado em 1929 pela Ditadura Militar em substituição da Novíssima Reforma Judiciária de 1842 e da legislação republicana complementar.

Porém, em Outubro de 1945 quebrou-se brutalmente essa tradição multi-secular do nosso direito nacional e, a partir de então, através de decretos manifestamente inconstitucionais (decs. 35 007, 35 042, 35 046, 39 749, 49 401, etc.), como adiante melhor se verá, o processo penal foi dividido em duas fases: uma de carácter administrativo, a instrução escrita ou preparatória; outra de carácter judicial, ou seja o julgamento oral.

Quer dizer, a instrução escrita foi confiada a agentes da Administração. Todavia, estes não são sempre os mesmos.

Em certos casos, os de natureza política, a instrução compete à P.I.D.E. (hoje D.G.S.) em todo o País. Noutros, os de natureza comum ocorridos em Lisboa, Porto e Coimbra, é a Polícia Judiciária que intervém como organismo instrutor. Finalmente, fora destas três cidades, ou seja nas regiões de expressão predominantemente rural, é o Ministério Público, mas apenas nos delitos de natureza não-política, o encarregado da função instrutória. Estas regras de competência não são, porém, fixas e inalteráveis. Como todos estes instrutores são funcionários do Governo e dele dependentes, é evidente que o Governo e os seus agentes se reservaram a faculdade de fazer intervir as duas polícias de Estado com funções instrutórias sempre que isso muito bem lhes aprez, desalojando os agentes do Ministério Público. Foi, de resto, o que aconteceu no caso dos autos, em que competindo em princípio ao agente do M. P. de Lousada a instrução, este foi dela desapossado para se entregar a mesma à Polícia Judiciária do Porto.

Tal sistema de instrução preparatória administrativada ou policializada não existe presentemente em nenhum país da

Europa Ocidental: em todos eles a instrução preparatória criminal está a cargo do Juiz, o juiz de instrução.

De onde se copiou então este sistema aberrante, com desprezo absoluto pelas multi-seculares tradições do nosso direito nacional?

A resposta é simples: o sistema actual foi copiado da Alemanha do III Reich, onde, de 1935 a 1945, vigorou um regime análogo.

No próprio relatório do dec. 35 007, de 13-10-1945, que o introduziu entre nós, se confessa que se escolheu este tipo de instrução a cargo do M. P. e das polícias, «de acordo com os ensinamentos da doutrina e o exemplo alheio». Leia-se «de acordo com os ensinamentos da doutrina alemã (do III Reich) e do exemplo alemão (do III Reich)», e tudo fica certo.

Quer dizer, a instrução escrita criminal que estava sujeita até 1945 entre nós, como princípio-regra, a um *regime judicial* ⁽¹⁾, passou a estar submetida sempre, desde então, a um *regime policial ou administrativo*.

Coroando esta lamentável importação de modelos estrangeiros condenados pela história e pela moral, concederam-se às polí-

⁽¹⁾ O regime-regra vigente então era o do Código de Processo Penal. Nele se determinava que a instrução era presidida por juizes, ordenando-se, tal como agora o faz a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que, em caso de prisão policial ou não-judicial, o preso tinha de ser imediatamente entregue ao Poder Judicial (arts. 159, 253, 254, 256 e 275).

Claro que de 1926 a 1945 houve excepções a este regime-regra. As mais importantes eram constituídas pela existência de duas polícias de estado (Polícia de Investigação Criminal e Polícia de Vigilância e de Defesa do Estado) que podiam prender os suspeitos durante oito dias (prazo-limite esse que nem sempre era respeitado...), conferindo-se às suas averiguações «fé em juiz».

Mas em 1945 administrativamente-se totalmente a anterior instrução judicial preparatória veio-se a tornar regra o que antes era excepção.

Com a agravante de que se concedeu às novas polícias de Estado (Polícia Judiciária e Polícia Internacional e de Defesa do Estado) o poder de prender sem controle judiciário por 180 dias (em vez dos 8 dias de antanho) — longa noite polar que só por si causa calafrios. As investigações destas polícias de Estado valem como «prova judiciária», isto é, tais polícias são, presentemente, os nossos «juizes instrutores».

Em suma, vive-se agora em matéria de instrução criminal num estado de excepção institucionalizado! (Vide F. S. Zenha: *Notas sobre a instrução criminal*, p. 44 e ss.).

cias e aos agentes administrativos poderes fenomenais que nunca se tinham consentido aos juizes.

Enquanto pelo Código do Processo Penal, até 1945, o Juiz nunca poderia manter em regime de prisão preventiva para formação da culpa nenhum suspeito por mais de 23 dias (art. 273 do C.P.P., na sua redacção vigente até 1945), pelos referidos decretos de inspiração alemã consentiu-se às policias 180 dias de prisão preventiva ou «guarda à vista» sem qualquer controle judiciário para a formação da culpa, e aos agentes do M. P. 50 dias para o mesmo efeito!

Note-se até este ilogismo: permite-se às policias de Estado o que não se consente aos agentes do Ministério Público!

Ao regime do *favor libertatis* vigente entre nós de 1834 a 1926, succedeu o princípio do *favor politiae*.

3. As disposições do Código do Processo Penal relativas à instrução preparatória *judiciária* não foram revogadas pelos decretos governamentais de 1945 que a administrativaram ou policializaram. Antes em vários preceitos destes se remete expressamente para o Código do Processo Penal, que continuou assim formalmente em vigor, embora modificado.

O Código do Processo Penal instituia e regulava certas garantias de defesa na instrução preparatória, garantias de defesa essas que tinham sido posteriormente reconhecidas e valoradas constitucionalmente pelo art. 8. n. 10, da Constituição, ao preceituar que constitui direito, liberdade e garantia individual dos portugueses:

«Haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa».

A primeira dessas garantias de defesa — e condição de todas as demais — era a de a instrução escrita ser presidida pelo Juiz (art. 159 do C.P.P.).

Os autores mais reputados, — como o Prof. Fernando Emygdio da Silva e o Cons. Luís Osório — ensinaram:

«O encarregar um juiz da instrução é dar às partes as maiores garantias que o legislador lhes podia dar; essa é a primeira garan-

tia da defesa e onde escrevemos defesa pode igualmente ler-se liberdades». (L. Osório: *Comentário ao Código do Processo Penal*, III, p. 15; F. Emygdio da Silva: *Investigação criminal*, p. 141).

Desta garantia-base, garantia das demais, decorria a observância de outras garantias de defesa complementares reconhecidas na lei. Uma dessas garantias de defesa complementares era o direito do arguido de se fazer assistir pelo seu defensor — constituido ou nomeado — durante os interrogatórios pelo instrutor. Só desta garantia complementar se passa a curar nas presentes alegações dado o *thema decidendum*, embora no C.P.P. outras se tenham instituido e não menos importantes como: a liberdade de colóquio e correspondência entre o preso e o seu advogado, após o primeiro interrogatório daquele; o direito do arguido preso a ser visitado diàriamente pelos seus familiares; o direito do arguido a receber a nota de culpa no prazo e termos referidos no § 2.º do art. 256 do C.P.P., etc.

Ora, a garantia-base de defesa — a de a instrução ser judiciária — foi revogada conforme vimos. As demais garantias de defesa complementares não foram revogadas, mas a eliminação daquela acarretou o desaparecimento destas.

Tais garantias de defesa complementares não foram revogadas pelos decretos que administrativaram e policializaram a instrução escrita, talvez porque se tal se fizesse *expressis verbis* appareceria a descoberto uma descarada e flagrante violação do cit. art. 8, n. 10 da Const., inquinando de clara inconstitucionalidade os respectivos preceitos derogatórios, que por esse motivo deveriam ser vetados pelos tribunais (art. 123 da Const.).

Aliás, o Governo, nas suas publicações de propaganda externa e interna, nunca deixou de frisar que tais garantias complementares de defesa na instrução preparatória, reconhecidas formalmente pelo art. 8, no. 10 da Const. e reguladas pelo C.P.P., não tinham sido affectadas pelo dec. 35 007 e quejandos, que a administrativaram.

Ainda recentemente o Ministério da Justiça, numa publicação oficial de propaganda do regime político actual, afirma numa linguagem rotunda de certezas:

«A defesa do arguido é desejada pelo Estado [...] a verdadeira defesa é a do próprio arguido e do seu defensor que a lei permite e organiza. A própria Constituição Política (n. 10 do art. 8) inclui entre os direitos e garantias individuais: «haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa» [...].

Ao arguido incumbe o direito de participar, por forma pessoal, no andamento do processo [...].

Porém, a defesa pessoal do arguido pode não ser suficiente, sobretudo nos casos em que o processo reveste gravidade.

As faculdades do arguido podem encontrar-se diminuídas pelo peso da acusação, pelo aparato dos órgãos da Justiça e pela situação de preso nos processos mais graves. *Tudo isto justifica que se faça assistir por um defensor, por um advogado.*

A constituição de advogado de defesa é sempre permitida, qualquer que seja o processo e qualquer que seja a altura, mesmo ainda durante a instrução preparatória (art. 22, § 3.º, do C. P. Penal e art. 49 do dec-lei 35 007)». (Ministério da Justiça: Aspectos fundamentais dos sistemas penal e prisional e da organização judiciária em Portugal, Lisboa, 1966, p. 86 e ss.).

Como é possível que, fazendo o Ministério da Justiça tais afirmações numa publicação oficial, venha um seu servidor, ou seja o Ex.^{mo} Procurador da República recorrente, pretender fazer vingar um ponto de vista antagónico no presente recurso, qual seja o de que foram «derrogados pelo dec-lei 35 007 de 13-10-1945 os preceitos do C.P.P. que, em instrução preparatória, impunham a assistência de advogado ou de defensor oficioso nomeado aos interrogatórios e declarações dos arguidos», pelo que «tal não é admissível hoje», tanto mais que «na lógica do sistema, perdeu justificação a intervenção do advogado ou defensor» durante a instrução?!

Já na actual situação política houve um estadista, muito conhecido em tempos idos, que afirmou ser o Estado Português uma pessoa de bem.

As pessoas não se julgam pelos juízos que de si próprias fazem, mas pela maneira como realmente procedem. E será uma pessoa de bem aquela cuja boca proclama a justiça e cujo braço defende e pratica a iniquidade?

4. A instrução preparatória judiciária foi, portanto, substituída a partir de 1945 por um inquérito administrativo ou policial, levado a cabo por funcionários governamentais dispondo de poderes majestáticos.

Embora juridicamente não tivessem sido revogadas as garantias complementares de defesa reconhecidas ao arguido durante a instrução preparatória pela Constituição e pelo Código de Processo Penal, a verdade porém é que na prática quotidiana elas foram eliminadas. De resto, não é preciso demonstrá-lo. É o próprio Procurador da República junto da Relação do Porto que neste processo se encarrega de desmentir o que 4 anos antes afirmou o seu Ministro numa publicação oficial!

Sejamos francos. O «novo sistema» introduzido em 1945 por cópia do da Alemanha do III Reich, fez-se precisamente para que o arguido não pudesse dispor na prática de nenhuma garantia de defesa na instrução criminal escrita e ficasse inerte e desamparado perante a máquina policial e repressiva do Governo. O «novo sistema» define-se a si próprio pela sua certidão de nascimento!

A substituição da instrução judiciária pelo inquérito policial ou administrativo (a que foi dado no entanto o pseudónimo de instrução preparatória e reconhecido o valor de prova judiciária) significa eliminar na prática todas as garantias e possibilidades de defesa do arguido reduzindo-o a um zero inerte e nu perante o infinito da máquina repressiva governamental.

Ponhamos, por isso, o dedo na ferida. A desjudicialização do processo penal na sua fase instrutória fez-se precisamente para que a lei (ou seja o C. P. P.), embora jurídica e constitucionalmente em vigor no concernente às garantias complementares de defesa do arguido, não fosse respeitado na prática.

Todos nós sabemos que tem havido Estados autocráticos que reconhecem, no papel, inúmeros direitos. Mas, porque desprovidos na prática de garantias jurídicas de efectivação, a realidade é ao invés do papel.

Ora o órgão da Justiça penal é o Juiz. Só ele, pelo seu estatuto de independência e imparcialidade, está em condições de fazer observar a lei, servindo de árbitro ou compensador entre o

Estado — que persegue através das suas polícias ou dos seus funcionários do M. P. — e o arguido — presumidamente inocente mas presuntivamente suspeito.

Se os acusadores ou perseguidores passam a ser eles próprios os juizes da aplicação da lei, isto representa negar ao arguido, nomeadamente se preso, qualquer garantia de defesa, como resulta da própria natureza das coisas: não se pode ser juiz em causa própria. As consequências não podem deixar de ser, portanto, as que são: o uso frequente da tortura como método de instrução policial; o total arbítrio nesta fase instrutória sem qualquer lei definidora do estatuto do arguido efectivamente observada; a hipocrisia de uma instrução policial manchada pelo sangue, pelo suor e pelas lágrimas dos arguidos provocados por meios de inconfessáveis ilegalidades que se apresenta no julgamento final acondicionada em veste de falsa brancura virginal.

Tudo isto é, de resto, do conhecimento de todos os advogados, e também do Ministério da Justiça, como melhor se expõe na representação que em 19 de Fevereiro de 1965 o Bastonário da Ordem dos Advogados endereçou ao Ministro da Justiça (de que se junta cópia com esta contra-alegação).

Nem se argumente em contrário com a circunstância de alguns funcionários da P. J. provirem do quadro da Magistratura. O Juiz só é Juiz enquanto independente e imparcial. Se despe a toga de Juiz e passa a estar subordinado hierárquicamente ao Governo, como polícia ou chefe de gabinete de Ministros ou Secretários de Estado, deixa obviamente de ser Juiz: *foi* Juiz, *não é* Juiz. Se é Juiz não é polícia, se é polícia não é Juiz.

Este sistema bastardo de colocar na cúpula das corporações policiais um ou outro ex-Juiz é desconhecido na Europa Ocidental. Dele nenhum benefício resulta para a Justiça. Com ele só se rebaixa a Magistratura.

Como muito bem o demonstrou o Prof. Fernando Emvadio da Silva, num dos poucos livros portugueses do sec. XX sobre processo penal que vale a pena ser lido:

«Guarda natural da liberdade individual e protector nato do inculcado na realização da célebre máxima inglesa *the judge is the best*

counsel of the prisoner — a necessidade do juiz de instrução deriva da incontestável superioridade do sistema que coloca um Juiz, isto é a garantia da imparcialidade, à entrada da instrução sobre o sistema que apenas o faz aparecer na ocasião do julgamento [...]

Por isso a verdade tem de estar na racional discriminação de funções e nunca na sua acumulação que só pode produzir uma confusão lamentável e funesta. Instrução e perseguição têm de ser actos distintos. Faça-se despir ao juiz a farda de chefe de polícia, mas não se faça desaparecer a toga de juiz de instrução criminal». (*Investigação criminal*, pp. 92 e ss.).

Esta é uma das razões por que consideramos os ritos institutórios administrativados e policializados, introduzidos pelos decretos governamentais de 1945, viciados de iniludível inconstitucionalidade: porque representam na prática a derrogação de *todas* as garantias de defesa reconhecidas pelo art. 8, n. 10, da Const., embora finjam falsa e hipócritamente respeitar «in litteris» as complementares.

Poderá objectar-se, com um encolher de ombros, que se trata de uma inconstitucionalidade institucionalizada. É certo. Mas um delito habitual não deixa de ser delito por ser habitual. Antes se torna mais grave. Nem uma infracção à lei deve ficar impune por habitualmente assim acontecer. Todos os dias se praticam ilegais tráficos de influência e abortos, que ficam impunes — e ninguém ousou até agora extrair daí a conclusão de que os preceitos do Código Penal que os punem estão por isso revogados.

Poderá também murmurar-se que o art. 123 da Const. é letra morta, pois existem vários decretos materialmente inconstitucionais a que não obstante nunca foi recusada aplicação pelos tribunais. Mas também ninguém ousará daí extrair a conclusão de que tal preceito se encontra, por isso, revogado.

O presente recurso tem, pelo menos, a vantagem de acabar com a hipócrita ambiguidade que tem reinado nesta matéria: de um lado o Governo a proclamar que o detido goza na instrução preparatória das garantias de defesa complementares reconhecidas pela Constituição e pelo C. P. P.; do outro, a Administração e as polícias a negarem-nas na prática.

Pela primeira vez, cremos nós, apareceu um Procurador da República a dizer a verdade: não há, nem se consente que haja, garantias de defesa na instrução preparatória actual.

A este Supremo Tribunal caberá decidir.

5. Mas não é apenas porque violador do art. 8, n. 10, da Const. que os ritos instrutórios introduzidos em 1945 pelos decretos de inspiração alemã estão feridos de inconstitucionalidade material.

Igualmente incorrem em tal censura porquanto:

a) a instrução preparatória dos feitos-crimes é substancialmente judicial; administrando-a e policializando-a esses decretos violaram os princípios consignados no art. 116 da Const.;

b) o art. 8 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que vale entre nós como direito interno (art. 4 da Const.), outorga a todos o direito a recurso efectivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei; administrando e policializando a instrução criminal escrita, os decretos de 1945 e quejandos eliminaram qualquer possibilidade de recurso efectivo, perante as jurisdições nacionais competentes, dos actos lesivos dos seus direitos fundamentais, violando assim os princípios consignados no art. 4 da Const.

6. Na aliás mui douda alegação «ex adverso», parece confundir-se acto judicial com acto jurisdiccional.

Ora, são coisas distintas.

Um juiz quando, em serviço, aperta a mão a um funcionário da secretaria que o cumprimenta, executa um acto particular (não judicial); quando inquire uma testemunha, pratica um acto judicial mas não jurisdiccional; quando julga um pleito de facto ou de direito, realiza um acto jurisdiccional.

O critério para definir as três funções do Estado — legislativa, governamental ou administrativa e judicial — através do órgão que a pratica, é incientífica e primária. Essas três funções distinguem-se pela natureza do seu objecto, tanto mais que todos

os órgãos do Estado podem praticar actos de diversa natureza. Assim, entre nós, o Governo administra e legisla, e até os juizes são encarregados de várias funções de carácter administrativo (vide, p. ex., o art. 55 do Estatuto Judiciário).

De entre os actos de carácter substantivamente judicial, ainda há a distinguir entre estes os actos jurisdicionais.

O Prof. Afonso Costa (*Lições de organização judiciária*, p. 32), definia assim em termos que ainda hoje nos parecem válidos as 3 funções do Estado:

a) função destinada a obter a declaração das normas jurídicas (legislativa);

b) função tendente a alcançar, ainda mediante uma coacção externa, a observância dessas normas e a cuidar, nos limites do possível, do bem estar social (governamental ou administrativa);

c) função dirigida a — nos casos de violação delituitosa das condições sociais de existência e nos de controvérsia a respeito de direitos dos cidadãos — verificar os factos e aplicar-lhes o direito correspondente (judicial).

Por isso, e sem necessidade de nos embrenharmos em subtilidades desnecessárias para o fim em vista, a instrução dos pleitos criminais e cíveis e a sua resolução tanto de facto como de direito pertencem à função judicial, como de resto é atestado pela tradição jurídica nacional e europeia.

O princípio da separação entre a função administrativa e judicial não se encontra directamente reconhecido na Constituição. Encontra-se porém reconhecido indirectamente na medida e apenas na medida em que reserva aos tribunais o monopólio do exercício da função judicial (art. 116) e reconhece aos juizes determinados privilégios para o efeito (arts. 119 e ss.).

Não se tire daí a conclusão, em que erradamente insiste o ilustre Procurador recorrente, de que os agentes administrativos, como o M. P., não devem acatamento aos julgados dos tribunais. É evidente que devem. É o que se expressa, de resto, no art. 122 da Const..

No exercício das suas funções administrativas, o M. P. age como parte, como acusador público no caso «sub judice», e portanto segundo a iniciativa que resulta do seu estatuto próprio, com o qual o Juiz nada tem a ver. Mas sempre que o Juiz decide e ordena algo no exercício da função judicial, todos lhe devem obediência. Para isso é que os tribunais são órgãos da soberania (art. 71 da Const.). A separação é de funções, não de funcionários...

No decurso de um processo, tanto cível como criminal, há a distinguir os *actos de instrução* (ou *actos de formação probatória*) dos *actos jurisdicionais* (ou *actos por via dos quais o Juiz resolve uma controvérsia* fixando os factos necessários para tal fim e aplicando o direito correspondente).

Todos são substantivamente judiciais, embora só os últimos sejam jurisdicionais.

Quando o Juiz, em processo cível ou penal, ouve uma testemunha ou uma parte, pratica um acto de instrução (judicial mas não jurisdicional); quando decide o pleito de facto ou de direito, realiza um acto jurisdicional (óbviamente também judicial).

Ora, o art. 116 da Const. reserva aos tribunais o exercício da função judicial, e não apenas a função jurisdicional.

Nem doutro modo poderia ser. O Juiz tem de decidir. Para decidir tem de convencer-se. Mas o seu convencimento só pode ser haurido em provas judiciárias, isto é, formadas no próprio processo sob a sua égide. A não ser assim, a admitir-se que os Juizes têm de se convencer com base em provas administrativamente formadas, então será a Administração que em última análise julga e o Juiz deixa de poder convencer-se livremente e esse poder é a essência mesma do julgamento.

Nem se objecte que à instrução escrita se segue a instrução oral do julgamento, na qual se podem «contraditar» as provas policiais ou administrativas. Na quasi totalidade dos casos a sorte dos arguidos fica arrumada na instrução escrita: os Juizes limitam-se a benzê-la. Às vezes nem comparecem no pretório os declarantes e as testemunhas ouvidos na instrução escrita: lê-se o que está escrito a esse respeito! E chega!

Como o reconhece o próprio Prof. Cavaleiro de Ferreira:

«Uma conveniente instrução preparatória, dominada por espírito de rectidão é fundamental para a marcha do processo e para a justiça da decisão final» (*Curso cit.*, I, p. 87).

Não pode haver decisão justa com instrução injusta e parcial. E uma instrução policial ou administrativa nunca pode ser recta, nem justa, nem imparcial, porque é conduzida pelo próprio acusador ou perseguidor, o qual goza, além de outros, do poder de prender dilatadamente a parte contrária.

Como o Prof. Eduardo Correia afirmou perante o próprio Ministro da Justiça e todo um ilustre conclave de eminentes juristas, sem ter sido contraditado, as funções instrutórias deferidas à administração e às polícias pelas reformas de 1945 são «funções substancialmente judiciais» e por isso considerou uma «solução perigosa» a que então se adoptou (*Actas da Com. Rev. do C. P.*, II, p. 233; vide, também Prof. Beleza dos Santos, vocábulo «Querela», in *Enciclopédia Luso-Brasileira*).

Solução perigosa — e *inconstitucional*, acrescentamos nós —, porque se a função instrutória é substancialmente judicial, como efectivamente é, só pode ser exercida pelos Tribunais (art. 116 da Const.), e não o é.

Um estrangeiro ou um leigo poderá ler com deleite na citada obra de propaganda do Ministério da Justiça, editada em várias línguas e impressa em luxuoso papel «couché», a seguinte passagem redigida em estilo peremptório e estalando de auto-satisfação:

«É [nos tribunais] que reside o Poder Judicial. É princípio fundamental da Constituição Política (art. 116) que só aos tribunais compete o exercício da função judicial.

Esta não pode ser usurpada nem pela lei nem pela administração [...].

Os tribunais servem apenas o direito. Por isso, os juizes são rodeados de certos atributos com vista a assegurar a independência da função judicial. Eles são independentes, vitalícios, inamovíveis e irresponsáveis. Não podem aplicar leis, decretos ou quaisquer diplomas que infrinjam os preceitos constitucionais ou ofendam os princípios na mesma Const. consignados (Const. Pol., art. 123).» (Ministério da Justiça: *ob. cit.*, pp. 201 e ss.).

A realidade é, porém, bem diversa da propaganda, conforme se viu.

Do direito *escrito* ao direito *real* vai uma grande distância...

Aludir-se-á agora a uma pretensa categoria de actos que consideramos abstrusa e cuja simples enunciação revela a sua inconstitucionalidade.

O Prof. Cavaleiro de Ferreira sustenta no seu *Curso*, II, p. 428 e ss., ao interpretar os infelizes decretos de 1945 da sua autoria (35 007, 35 042 e 35 046), a existência de uma função *quási-jurisdiccional*, i.e., jurisdiccional quanto ao seu objecto, e quási-jurisdiccional porque exercida por órgãos constitucionalmente incompetentes para o efeito ou seja, os funcionários policiais. Mas se é assim, há uma nítida usurpação pelas polícias de Estado de uma função substantivamente judicial, usurpação essa proibida pelo art. 116 da Const., que o jurista deve condenar e nunca esconder através da formulação de um conceito anti-jurídico! (Vide, sobre toda esta matéria: Boulloc: *L'acte d'instruction*; Robert: *Les violations de la liberté individuelle*; Dosi: *Sul principio del libero convincimento del giudice*).

7. Nos termos do art. 8 da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

«Todos têm direito a recurso efectivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição» (trad. Prof. Marcelo Caetano: *Curso de ciência política*, 3.^a ed., p. 335).

Em face do disposto no art. 4 da Const., a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10-12-1948, faz parte do direito constitucional interno (vide, a este respeito, o ac. do S.T.J. de 23-1-1957, in *B.M.J.*, 63, p. 434 e ss.).

Este ponto é, para nós, líquido.

De resto, nem sequer é lícito, por duas razões, argumentar-se em contrário com o facto de o Estado Português ter sido admitido na O.N.U. apenas *depois* de tal Declaração ter sido aprovada.

Em primeiro lugar, porque a admissão do Estado Português implicava necessariamente a adesão deste aos princípios pelos quais ela se regia; aliás, os órgãos da soberania portuguesa nunca algo disseram em contrário.

Em segundo lugar, porque tal preceito se encontra reproduzido no art. 2 do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, aprovado na Assembleia Geral da O.N.U. em 19-12-966, por unanimidade, e, portanto, com a aprovação do Estado Português (vide O.N.U.: *Chronique mensuelle*, Fev. 1967).

Ora a administravação e a policialização da instrução criminal levadas a cabo pelos decretos de 1945 tiraram ao arguido a possibilidade de este recorrer das decisões ilegais proferidas no decurso da instrução administrativa ou policial para os tribunais competentes, como está evidenciado sobejamente no presente caso.

E nem se diga que poderá recorrer hieràrquicamente dentro do escalão administrativo respectivo — o que, de resto, não seria um recurso *judicial*, como o citado preceito impõe. Não é assim.

Permitam-nos V. Ex.^a que contemos um caso, para melhor ilustrar o nosso ponto de vista.

Em 1968 um dos signatários publicou —ou melhor, tentou publicar — um trabalho intitulado *Notas sobre a instrução criminal*, onde se estudavam alguns problemas do nosso processo penal. Esse livro foi apreendido pela P.I.D.E. na tipografia. O lesado, através do seu advogado, Dr. José de Magalhães Godinho, reclamou da apreensão para o Sr. Ministro do Interior, o qual ripostou nos seguintes termos:

«Indeferido.

A apreensão ordenada pela PIDE não obedeceu ao esquema do decreto 37 447, de 13-6-1949, mas às regras do Código de Processo Penal e, consequentemente, está sujeita à apreciação da autoridade judiciária competente. Nestas circunstâncias escapa à censura prevista no art. 7 do cit. decreto.

Comunique-se ao ilustre advogado constituído.

22-10-1968 — a) A. Rapazotes.

Esclareça-se que o lesado nunca foi ouvido pela P.I.D.E. a tal respeito, nem deu até hoje entrada em Tribunal nenhum processo contra ele relacionado com tal apreensão.

Num outro ofício enviado ao Bastonário da Ordem dos Advogados, que se dignara secundar a reclamação apresentada, o mesmo Sr. Ministro reafirma a sua decisão:

«Ouvida a P.I.D.E., informou que procedeu *no exercício da sua competência judiciária* não estando portanto aquela apreensão sujeita à censura a que se refere o art. 7 do cit. dec..

Assim a situação criada terá de ser objecto de decisão no respectivo processo, por parte da autoridade judiciária competente». (*)

A simples leitura desta decisão ministerial revela-nos a situação em toda a sua crueza: os Ministros deixam as polícias em paz, porque elas são «juízes», *exercem competência judiciária* (sic! e é verdade!); os Juizes verdadeiramente ditos recusam-se a tomar conhecimento de qualquer recurso das deci-

(*) Eis o teor integral do ofício, datado de Outubro de 1968:

«Ex.^{ma} Senhor
Dr. Pedro Pitta
Mui Ilustre Bastonário da Ordem dos Advogados

Com os meus cumprimentos, respondo à carta de V. Ex.^a de 11 do corrente.

A reclamação apresentada pelo advogado Dr. Francisco de Almeida Salgado Zenha, referente à apreensão das «Notas sobre Instrução Criminal» assentava na presunção de que fora ordenada nos termos do n. 2 do art. 16 do dec.-lei 37 447, de 13 de Junho de 1949.

Ouvida a Polícia Internacional e de Defesa do Estado, informou que procedeu no exercício da sua competência judiciária não estando portanto, aquela apreensão sujeita à censura a que se refere o art. 7 do citado decreto-lei.

Assim, a situação criada terá de ser objecto de decisão, no respectivo processo, por parte da autoridade judiciária competente.

Admitindo, porém, que V. Ex.^a não conheça a publicação apreendida, não quero deixar de dizer ao Bastonário Dr. Pedro Pitta, pela muita consideração que me merece, que as «Notas» do Dr. Salgado Zenha estão mais próximas da literatura da contestação global, que é a própria para alimentar o fogo revolucionário que o mês de Maio ateou em Paris e tanto confunde a juventude, do que da crítica serena e objectiva das disposições legais que o Ministro do Interior gostaria de ver protegida pela Ordem dos Advogados.

Renovando os meus cumprimentos peço a V. Ex.^a que aceite os protestos da minha maior consideração.

a) A. Rapazote»

sões das polícias proferidas no exercício da sua «competência judiciária» (ou seja, no decurso da instrução preparatória), porque as polícias são órgãos administrativos e não judiciais.

Verifica-se assim uma concentração e confusão *totalitária* e *discricionária* de funções judiciais e administrativas nas polícias instrutórias, que torna inexistente qualquer recurso eficaz contra as decisões ilegais por elas proferidas.

Mais. Se realmente vigora entre nós o princípio da separação entre a função judicial e administrativa, como o afirma o art. 116 da Const., então a primeira coisa a fazer é recusar a aplicação aos decretos inconstitucionais, que as baralham, misturam e confundem, concentrando-as de modo discricionário e totalitário nos organismos administrativos, e nomeadamente nos policiais. Se tal não se verificar, então força será reconhecer que vivemos num regime policial e não num Estado de Direito, consoante reza o art. 4 da Const., e que os arts 8, n. 10, e 116 da Const., não passam de *mentiras constitucionais*.

8. Portanto, a conclusão é evidente.

A Justiça, a verdadeira Justiça, tem de negar valor probatório a declarações prestadas perante organismos policiais constitucionalmente ilegítimos para dirigir a instrução preparatória, sem quaisquer das garantias de defesa reconhecidas pela Constituição. A Justiça terá de ser feita pela própria Justiça. E não pela polícia e benzida sacramentalmente por aquela.

9. Para além do mais, não se compreende, não se pode compreender, o afã do ilustre Procurador recorrente em pedir que a confissão extorquida ao recorrido pelas coacções constantes dos autos, e sem a observância das garantias de defesa prescritas na lei, nomeadamente a assistência de advogado, tenha de ser examinada especificamente pela Relação.

Na verdade, a confissão não tem valor probatório autónomo; só vale se estiver confortada (e na medida em que o estiver) por outras provas (C.P.P., art. 174).

Ora a Relação já decidiu inatacavelmente, e sem impugnação, que não existem outros elementos probatórios relevantes

justificativos da indicição.

Portanto, é inútil e inoperante a baixa do processo à Relação para reapreciação da matéria de facto. Se não há indícios suficientes estranhos à confissão, esta — legal ou ilegal, voluntária ou coacta, policial ou judicial — não tem a possibilidade de ser confortada por elementos alheios e suficientes, como o impõe o art. 174 do C.P.P..

Nestes termos, e invocando o douto suprimento de V. Ex.^a, deve ser negado provimento ao recurso interposto pelo digno Procurador da República recorrente.

Junto: um documento. (*)

Os advogados

FERNANDO DE ABRANCHES-FERRÃO
FRANCISCO SALGADO ZENHA

(*) *N. da R.* — O documento junto com esta contra-alegação foi a exposição, dirigida em 19-2-1955 pelo Bastonário da Ordem dos Advogados ao Ministro da Justiça, já publicada nesta *Revista*, ano 29 [1969], pp. 282 ss.

**CONTRA-ALEGAÇÃO DO RECORRIDO
PROCURADOR DA REPÚBLICA NA RELAÇÃO DO PORTO,
PARA O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*)**

Hesitamos em responder à alegação de recorrente apresentada pelo arguido, dr. José Freire da Cruz Queiroz, por a questão da possibilidade ou não dos tribunais se pronunciarem sobre a validade dos actos praticados, pelo Ministério Público, em instrução preparatória, bem como a da irrecurribilidade para os tribunais da 2.^a instância dos despachos proferidos pelo subdirector da Polícia Judiciária, quando actua como órgão auxiliar do Ministério Público, se encontrarem, a nosso ver, suficientemente debatidas na nossa alegação de recurso a fls. 803 ss.

Mas, porque não queremos, deixar de procurar rebater as objecções postas à doutrina que ali defendemos, não obstante as inevitáveis e escusadas repetições, sempre diremos:

1. Reconhecendo o recorrente, como começa por reconhecer, que o despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária, de fls. 533, não é uma decisão jurisdicional, como pode defender-se a possibilidade da sua anulação pelo M.^{mo} Juiz e bem assim a sua irrecurribilidade?

Nesse prejuízo assenta a sua construção, o que não pode deixar de viciar toda a sua posterior argumentação.

Além disso, não podendo o recorrente partir do princípio de que se encontram em vigor as disposições do Código de Processo Penal que, anteriormente à publicação do dec.-lei 35 007, impunham

(*) A fls. 909-911 dos autos.

a assistência às declarações dos arguidos, de advogado constituído ou defensor nomeado, também não poderia defender a vigência das normas que, porventura, sancionassem a sua violação.

Mas que assim não fosse, porque se tratava de meros actos administrativos, não jurisdicionais, só ao Ministério Público caberia a declaração da sua irregularidade, ilegalidade, ou nulidade.

Nem se diga que seria impossível qualquer reacção contra práticas ilegais do Ministério Público ou de quaisquer entidades policiais, dada a sua organização hierárquica, com a possibilidade, portanto, de reclamação nos seus diversos graus até ao Ministro, cujos despachos, desde que definitivos e executórios, poderiam ser atacados, por via de recurso, para o Tribunal competente, no caso, o Supremo Tribunal Administrativo.

2. Sustenta o recorrente que o despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária, de fls. 533, haveria de considerar-se como jurisdicional, por envolver segundo entende, decisão que se reflectiria na maior ou menor duração da prisão preventiva, em que se encontrava; mas não tem razão, a nosso ver.

Tal decisão refere-se apenas e exclusivamente ao ponto discutido da legalidade das declarações prestadas pelo arguido, em instrução preparatória, sem a assistência do seu advogado ou de defensor nomeado.

Não se trata, pois, de despacho proferido no exercício de funções reservadas ao juiz, o que lhe retira o carácter jurisdicional, não vindo, assim, ao caso, a discussão do problema da recorribilidade ou irrecorribilidade dos actos chamados de quase-jurisdicção.

Se se tratasse, mas não se trata, de despacho desta natureza, poderia conceder-se a possibilidade da sua anulação pelos tribunais, embora ressalvada a faculdade de reclamação hierárquica, em qualquer caso, sempre possível, segundo cremos.

Esqueceu o recorrente ou fingiu esquecer a organização hierárquica e a responsabilidade do Ministério Público. Daí a sua inconcebível e gratuita afirmação, exageradíssima quanto a número de detenções, de violação reiterada de preceitos constitucionais, por parte das organizações policiais.

Estas, além da proficiência, isenção e perfeito conhecimento da missão que lhes cabe na defesa da ordem e tranquilidade públicas,

sempre se têm esforçado por observar rigorosamente a lei, merecendo, por isso, todo o respeito, toda a consideração, e, mesmo, toda a gratidão.

Haja e mvista o número reduzidíssimo de casos de recurso, no nosso País, ao instituto do «habeas corpus».

3. Pretende o recorrente alicerçar-se no caso julgado, invocando o decidido por esta Relação no acórdão de fls. 728 ss.

Esquece, porém, que ali nada se decidiu, além da questão puramente processual da necessidade de sustentação ou reparação do recurso pelo M.^{mo} Juiz que proferiu o despacho recorrido, parecendo, assim, inteiramente descabida tal invocação.

4. Não queremos terminar sem dizer que se não compreendem as críticas despropositadas e inoportunas às nossas humanas e justas leis sobre a matéria de prevenção e repressão da actividade criminosa, que também pela brandura dos nossos costumes, não se aproxima nem atinge as vastas proporções de outros países, onde se defendem princípios e se exercem violências qu o nosso bom povo jamais aceitaria.

Não obstante a atribuição ao Ministério Público da competência para a investigação e instrução preparatória penal em fase prejudicial, com vista ao apuramento da verdade, não se segue que falem, na nossa lei, as garantias indispensáveis contra quaisquer práticas ilegais, que, embora raras, não podem deixar de admitir-se como possíveis, mas não no caso vertente gravíssimo, como é, e que não podemos pôr em risco de impunidade.

Nestes termos se conclui que não violou o douto acórdão, na parte atacada pelo recorrente, qualquer disposição da lei, merecendo nessa parte inteira confirmação e devendo negar-se, portanto, provimento ao recurso do arguido.

No entanto esse mais Alto Tribunal decidirá, como sempre, com a costumada

Justiça.

O procurador da República

MANUEL DOS SANTOS CARVALHO

XVI

PARECER DO PROCURADOR DA REPÚBLICA JUNTO DA SECÇÃO CRIMINAL DO S. T. J. (*)

a) Recurso interposto pelo Ministério Público (fls. 791 ss. e 803 ss.).

1. É questão fulcral debatida neste recurso a de saber se, após a entrada em vigor do dec.-lei 35 007, de 13-10-1945, os interrogatórios dos arguidos na instrução preparatória dos processos penais devem ser assistidos de defensor.

A questão vem desenvolvida com muita lucidez, tanto no acórdão recorrido como no magistral parecer do Prof. Figueiredo Dias, e vem alegada com brilho pelo distinto procurador da República junto da Relação, cujas considerações, neste aspecto, inteiramente perfilho.

O esforço de interpretação que mestres e autores consagrados têm votado à questão torna, certamente, difícil ver nela se descorrem novos argumentos ou vislumbrem aspectos inexplorados.

Afigura-se, no entanto, que nem tudo ficou dito no processo, e que alguns elementos podem ainda ser carreados, porventura de decisiva influência na demanda da solução legal. Alguns destes elementos, mormente referências ao direito comparado que serviu de inspiração ao dec.-lei 35 007, têm sido sistematicamente omitidos.

2. Na vigência do Código de Processo Penal era obrigatória a assistência de advogado constituído ou de defensor officioso às perguntas efectuadas aos arguidos na instrução preparatória, arts. 244, § 1.º e 279.

(*) Apresentado em 20-1-1971, a fls. 971-976 dos autos.

Logo que o dec.-lei 35 007 entrou em vigor, e face à profunda remodelação que este diploma introduziu na estrutura da instrução preparatória, começou a suscitar divergências a possibilidade de assistência de defensor durante os interrogatórios a que os arguidos são submetidos nessa fase.

Desde já se salienta que a intervenção do advogado constituído ou de defensor oficioso, nos interrogatórios efectuados pelo juiz para validação judicial da captura, sempre foi considerado obrigatória, mesmo após a promulgação do dec.-lei 35 007. A questão tem-se circunscrito à assistência às perguntas efectuadas pelo Ministério Público ou pelas entidades competentes para a instrução preparatória, nomeadamente Polícia Judiciária.

Não se vai aqui fazer alusão aos autores que têm sustentada a necessidade da presença de defensor, por não ter sido revogado o Código de Processo Penal e até por a considerarem imposição constitucional. Estão relacionados no processo, pelo que se trataria de repetição desnecessária.

Importa, porém, acentuar que o entendimento não foi perfilhado no parecer da Procuradoria-Geral da República de 2 de Fevereiro de 1946 (*Bol. do Min. da Just.*, 3, pp. 95 ss.) e foi claramente rejeitada no estudo a que se procedeu na reunião de ajudantes do procurador da República do distrito judicial de Lisboa, efectuada em 11 de Março de 1951. Aí se acentuou que o segredo de justiça, reforçado pelo dec.-lei 35 007, impedia a assistência de advogado às perguntas efectuadas ao arguido pelo Ministério Público.

É de interesse acentuar que, frontal ou inviamente, a generalidade dos sistemas jurídicos, mormente daqueles que têm afinidades com o nosso e especialmente o italiano e o alemão, que o inspiraram, admitem uma fase nas investigações em que não é permitida a assistência de defensor ao arguido preso.

Assim:

Na Itália, no domínio do Código de 1930, o defensor não podia assistir a qualquer acto de instrução. A reforma operada em 1955 procurou dar mais latitude à defesa, permitindo que o defensor do arguido interviesse em alguns actos de instrução, não obstante o carácter secreto desta. Contudo, continuou a não ser permitida a assistência de defensor aos interrogatórios do arguido (art. 304),

tal como na vigência do Código de 1913 e na plena vigência do Código de 1930. Veja-se *Rivista Penale*, 1955, n. 12, p. 809. Está em curso nova remodelação do processo penal, mas, segundo tudo indica, continuará a não ser permitida a assistência de defensor. Veja-se o *Bol. do Min. da Just.*, 156, p. 393.

Na República Federal da Alemanha, a reforma de 1950 definiu com precisão as condições em que pode ser efectuada a detenção, afirmando-se que os detidos devem ser apresentados sem delongas ao juiz, o mais tardar até ao fim do dia seguinte ao da captura (art. 128 do C. P. Penal). Entretanto, o Ministério Público e as autoridades policiais podem proceder a interrogatórios, *não assistidos de advogado, o qual só pode tomar conhecimento posterior do auto* (arts. 137, 147 e 148). A lei de Dezembro de 1964 reforçou as garantias do arguido no procedimento criminal, mas a impossibilidade de o seu advogado assistir aos interrogatórios feitos pelo Ministério Público ou pelas autoridades policiais durante o período preliminar não sofreu alteração.

Em França, vigora o Código de Processo Penal de 1959. Na fase de instrução preparatória propriamente dita, o arguido tem o direito de ser assistido de defensor em todos os actos a que é chamado (art. 117). Mas antes desta fase verifica-se normalmente a intervenção da Polícia Judiciária, sob a direcção do Procurador da República (art. 12), que procede a inquéritos. Estes podem revestir duas formas — inquérito por crimes e delitos flagrantes (arts. 53 e 74) e inquérito preliminar (arts. 75 a 78). Durante estes inquéritos, a Polícia Judiciária pode manter detidas as pessoas aludidas nos arts. 61 e 62, precedendo ao interrogatório das mesmas sem a presença de defensor.

Sabe-se que os sistemas que mais influenciaram o nosso foram o alemão (especialmente quanto ao dec.-lei 35 007) e o italiano.

O dec.-lei 35 007 contém duas disposições que não constavam do Código de Processo Penal — a do § único do art. 13 e a do art. 49. A primeira, depois de o corpo do artigo ter vincado o carácter secreto da instrução preparatória, diz-nos quais as faculdades do arguido e do assistente nessa fase. A disposição seria desnecessária se continuasse em vigor o Código de Processo Penal. A segunda diz-nos o momento em que se torna obrigatória a nomeação de defen-

sor oficioso, se o não houver constituído, infirmando(*) portanto, que antes desse momento não é obrigatória a intervenção de defensor.

Aceita-se que a pronúncia provisória já constitui formação de culpa. O ponto não tem sido objecto de discussão válida.

Portanto a Constituição, art. 8, n. 10, assegura aos arguidos, em processo penal, as necessárias garantias de defesa. Mas é certo que as nossas leis, em processo penal, estão todas eivadas de disposições visando esse desiderato. Impõem ao Ministério Público, na instrução preparatória, a demanda da verdade material, conduza ela à culpa ou à inocência. Permitem ao arguido apresentar memoriais ou requerimentos de prova. Só facultam a detenção em casos taxativos e rigorosamente controlados. E a enumeração poderia continuar quase indefinidamente. — Como é possível defender-se que aquele preceito da Constituição, algo vago, também impõe a assistência de defensor?

Ocorre meditar em que o dec.-lei 35 007, na fase contraditória da instrução, permite, *expressis verbis*, que o juiz recuse a presença de defensor do arguido (art. 39, § único). Ainda ninguém se lembrou de assacar a disposição de inconstitucional, apesar de estar contida na fase contraditória!

E ocorre também meditar em que preceitos semelhantes estão contidos nas Constituições de outros países, nomeadamente daqueles que foram apontados. Pois aí o panorama é bem diferente, quanto à efectivação prática dos direitos dos arguidos!

No relato das Quatorzièmes Journées de Défense Sociale, in *La protection de la personne dans le procès pénal* (suplemento da *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 3, Jul. Set, 1967, Sirey, Paris, 1967), lê-se, a fls. 30:

«[...] Le problème de la détention préventive mérite, je crois, de retenir notre attention [...] avant tout, l'art. 137 du C. p. pénal d'après lequel cette détention est une institution *exceptionnelle*, d'autres textes extraits de la Constitution de 1958 ou de la Déclaration des droits de l'homme affirmant que personne ne peut être *detenu arbitrairement*, c'est à dire en dehors des cas prévus par la loi. Ces textes paraissent rassurants à première vue: la pratique prouve qu'ils permettent de réels abus. D'après les statistiques, sur 31 000 personnes incarcérées

(*) N. da R. — Sic no original.

en France il y en a 12 000 qui le sont à titre préventif. Voilà une exception qui se révèle singulièrement fréquente...» (Exposição de M. P. Savey-Casard, Prof. da Faculdade de Lyon).

Mais sugestivas são ainda porventura as palavras de M. J. LARGUIER, Prof. da Faculdade de Grenoble, *ibidem*, p. 47.

Na verdade, as leis, verdadeiramente, fazem-nas os homens que as executam. E nesta matéria em que, residualmente, terá sempre que haver larga margem de poder discricionário da autoridade, mal irão os réus que se escudarem por detrás da friesa dos textos legais, em vez de confiarem em primeira linha na probidade e na moderação dos magistrados que, nos casos reais, dão vida aos textos abstractos.

3. Assim, importa concluir que o recurso merece provimento, pelo que ficou exposto e pelo que foi alegado pelo distinto procurador da República junto da Relação.

b) *Recurso interposto pelo arguido, dr. José Queiroz (fls. 793 ss. e 809 ss.)*

1. É questão fulcral aqui debatida a de saber se o despacho do subdirector da Polícia Judiciária, lavrado a fls. 533, é passível de recurso.

Há actos que, na instrução preparatória dos processos penais, pertencem à jurisdição, São esses actos da competência do juiz, e não do Ministério Público. Sendo a instrução preparatória efectuada pela Polícia Judiciária, os actos de jurisdição são exercidos pelo director ou pelos subdirectores. Enquanto praticam actos de jurisdição, o director ou os subdirectores da Polícia Judiciária são magistrados judiciais. Por isso mesmo, são juizes de direito, e, no exercício das funções de jurisdição, gozam de todas as prerrogativas dos juizes de direito. Nesse aspecto, não há qualquer subordinação hierárquica.

Dentre os actos de jurisdição que têm lugar na instrução preparatória, assume particular relevo a validação judicial das capturas, e, de um modo geral, tudo quanto diz respeito à liberdade dos detidos — arts. 254 do C. P. Penal e 21 do dec.-lei 35 007 e Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, III, pp. 161-162.

No despacho recorrido decidiram-se questões relativas à legalidade da detenção do recorrente, de que dependia a libertação ou

a manutenção da prisão preventiva.

Ora é solução inequívoca e indiscutida a de que é admissível recurso dos actos de jurisdição praticados durante a instrução preparatória. Tratando-se de reacção contra detenções reputadas ilegais, a competência da jurisdição para decidir sobre a ilegalidade resulta até do dec.-lei 35 043, de 20-10-1945. A admissibilidade de recurso dos actos de jurisdição praticados durante a instrução preparatória tem, aliás, sido várias vezes decidida por este Supremo Tribunal.

Parece, assim, que razão assiste ao recorrente neste aspecto, como aliás resulta da sua alegação, do exaustivo e douto parecer de fls. 921 ss. e da declaração de voto.

Sendo assim, o acórdão recorrido, na medida em que, por considerar a decisão insusceptível de recurso, dele não conheceu, terá cometido a nulidade do art. 668, n. 1, al. d) do C. P. C.

Se este S.T.J. assim entender, o acórdão recorrido deverá ser anulado, ficando prejudicadas as questões restantes.

Se, porém vier a ser entendido de outro modo, o recurso será, então, infundado, pelas considerações constantes da alegação do distinto procurador da República junto da Relação.

O procurador da República

MAIA GONÇALVES

XVII

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 31-3-1971 (*)

[*Omissis* o relatório]

E assim, tudo visto:

Dois recursos há a considerar na hipótese sub judice, ambos interpostos do acórdão da Relação de fls. 780: — um interposto pelo Ministério Público por nele se ter mantido a despronúncia do arguido com o fundamento de nos autos, dada a ilegalidade das declarações por ele prestadas em instrução preparatória sem a assistência de advogado ou de defensor oficioso, não existirem indícios de prova bastante para a pronúncia; — e outro interposto pelo arguido por nele se ter decidido a revogação do despacho recorrido na parte em que o mesmo alterou o despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária com o fundamento de este despacho ser insusceptível de recurso e portanto irrecorrível.

E conquanto os recursos devessem ser apreciados pela ordem da sua interposição (arts. 710 e 762 n. 1 do C. P. C. e 649 do C. P. Penal), há a notar que se impõe primeiramente o conhecimento do recurso interposto pelo réu por se reconhecer que o resultado a que se chegar quanto a ele pode prejudicar a apreciação do recurso interposto pelo Ministério Público.

Começemos pois por apreciar o recurso interposto pelo réu.

Traduz-se ele substancialmente na questão de saber se o despacho proferido pelo Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária a fls.

(*) A fls. 1032-1043 dos autos.

533, depois alterado pelo despacho de fls. 734, por efeito de reparação dele constante, é ou não susceptível de recurso, isto é, se tal despacho é ou não recorável.

Depois da publicação do dec.-lei 35 007, de 13-10-1945, que alterou profundamente a orgânica do processo criminal, a instrução do processo penal, destinada a verificar a existência das infracções, a determinar os seus agentes e a averiguar a sua responsabilidade, passou a ser presidida pelo Ministério Público que ficou com a generalidade dos poderes e funções que pelo Código de Processo Penal pertenciam ao juiz em tal fase processual e com a ressalva apenas, além de outros casos especiais, do disposto no art. 21 do citado decreto (§ 2.º do seu art. 12).

O juiz passou portanto, fora de tais casos, a ser completamente alheio à fase de instrução preparatória do processo, dada a sua integração no Ministério Público, continuando porém a manter, único caso que interessa aqui focar, a sua competência quanto às funções de quase-jurisdição, como se refere no relatório do decreto, relativas à fiscalização do cumprimento dos preceitos legais sobre detenção sem culpa formada ou aplicação de outras medidas restritivas de liberdade individual.

Deste modo, sempre que se trate duma decisão proferida sobre prisão preventiva, sua legalidade e manutenção, ou sobre a aplicação provisória de medidas de segurança, do domínio da quase-jurisdição no dizer do decreto, sendo da exclusiva competência do juiz a dentro da fase processual da instrução preparatória, ninguém poderá pôr em dúvida que tal decisão é susceptível de recurso, conforme resulta do disposto no art. 645 do C. P. Penal.

Perante, pois, uma decisão sobre a legalidade da detenção e da sua manutenção, da exclusiva competência do juiz na fase de instrução preparatória, que, quanto a nós, é de verdadeira jurisdição por envolver a apreciação de um conflito de interesses e a que põe termo, é indiscutível a admissibilidade legal da sua recorribilidade para os tribunais por se tratar de uma decisão que se integra propriamente na função judicial.

Isto é assim, e cremos que ninguém o contestará, sempre que a instrução preparatória esteja a decorrer em processos penais pendentes em comarcas que não sejam as de Lisboa, Porto e Coimbra.

O Ministério Público, dentro da sua função administrativa, é o juiz da instrução, presidindo a ela e exercendo todos os poderes que cabiam ao juiz, competindo porém a este, na sua função jurisdicional, além de outros, o poder de se pronunciar quanto a questões sobre a legalidade da prisão preventiva e sua manutenção, e sendo susceptíveis de recurso as decisões por ele proferidas sobre tais questões.

E se o processo estiver a correr os seus termos em qualquer das referidas comarcas?

Parece-nos que a situação em nada se modifica.

Por efeito do dec.-lei 35 042, de 20-10-1945, que organizou, na dependência do Ministério da Justiça, os serviços da Polícia Judiciária, compete à mesma Polícia proceder, nas comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra, à instrução preparatória que nas demais comarcas é da competência do Ministério Público.

Aos órgãos privativos da Polícia Judiciária, quanto aos crimes cuja investigação lhes cabe, ficou pois a competir, depois da publicação do citado decreto, o exercício de poderes que a lei atribui ao Ministério Público relativamente à instrução preparatória em processo penal, devendo ser presididos ou praticados pelos seus funcionários superiores os actos que devam ser presididos ou praticados pelo Ministério Público.

A Polícia Judiciária, quanto à instrução preparatória, não tem porém, nem mais nem menos, do que os poderes que a lei atribui ao Ministério Público em tal fase processual.

Os poderes, duma e doutro, são precisamente os mesmos (arts. 7 e 14 do cit. dec.-lei 35 042).

Mas, em todos os casos em que pertença à Polícia Judiciária a instrução preparatória dos processos, que é *orientada* e presidida por um seu inspector, que é magistrado do Ministério Público, as funções que a lei atribui ao juiz durante a instrução preparatória, quanto à libertação ou manutenção da prisão dos arguidos e à aplicação provisória de medidas de segurança, são desempenhadas pelo director e subdirectores da mesma Polícia, que, como se sabe, são magistrados judiciais.

Quer dizer, na fase de instrução preparatória dos processos criminaes, pendentes da Polícia Judiciária, há a considerar a actuação

relevante e distinta de dois funcionários superiores de tal organismo — o inspector (magistrado do Ministério Público) que preside à instrução com os mesmos poderes do Ministério Público, e o director ou subdirector (magistrado judicial) que intervém em tal fase processual com as funções próprias do juiz quanto à libertação ou manutenção da prisão dos arguidos (arts. 8, 32 n. 11, e 43 n. 19 do citado decreto).

Na fase processual da instrução preparatória, quer ela seja presidida pelo Ministério Público quer pelo inspector da Polícia Judiciária, intervém sempre, nas questões referentes à legalidade da prisão e sua manutenção, uma entidade diferente daquelas e a qual, na sua função jurisdiccional, as aprecia e decide, só que no 1.º caso tal entidade é o juiz da respectiva comarca e no 2.º o director ou subdirectores da Polícia Judiciária.

Mas, ambas estas entidades, quanto à apreciação e decisão das apontadas questões, se apresentam como que integradas numa função judicial, tal como resulta inequivocamente do disposto nos já citados preceitos legais.

E, sendo de admitir, conforme se referiu já, recurso de tais decisões quando proferidas pelo juiz da comarca, igualmente, dada a identidade e paralelismo de situações, será de admitir recurso das decisões proferidas pelo director ou subdirector da Polícia Judiciária sobre as aludidas questões.

Doutro modo, a admitir-se recurso num caso e a excluir-se no outro, traduzir-se-ia tal facto na adopção duma solução a todos os títulos injustificável, dado não oferecer maiores garantias a decisão proferida pelos órgãos superiores da Polícia Judiciária em relação àquela que é proferida pelo juiz da comarca.

Por outro lado, com tal solução deixaria de observar-se o que na própria lei se encontra consignado expressamente, dado que, competindo ao subdirector da Polícia exercer as funções que cabem ao juiz durante a instrução preparatória, relativamente à manutenção de prisão, à libertação dos detidos, mediante caução ou sem ela, e à aplicação provisória das medidas de segurança, tal exercício deve ser efectivado ou condicionado nos termos da lei processual penal.

Ora, admitindo tais termos recurso das decisões quando pro-

feridas pelo juiz da comarca e permitindo a lei ao subdirector da Polícia o exercício das funções que cabem ao juiz mas condicionado aos mesmos termos, torna-se evidente ser igualmente admissível recurso para os tribunais superiores das decisões por este último proferidas quando tenham por objecto a apreciação das já mencionadas questões.

Portanto, revestindo a decisão do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária, proferida sobre a legalidade e manutenção de prisão, natureza jurisdicional, somos levado a reconhecer ser ela susceptível ou passível de recurso, tal como, aliás, foi reconhecido na 1.^a instância (despacho de fls. 607) e parece ter sido também implicitamente admitido no acórdão da Relação de fls. 728 que, apreciando a questão prévia do não conhecimento dos recursos por falta de despacho de sustentação, questão esta levantada oficiosamente pelo Ex.^m Relator, deles não conheceu somente por tal fundamento.

Ora, uma vez que foi levantada oficiosamente a questão do não conhecimento dos recursos, impunha-se à Relação conhecer de tal questão em toda a sua extensão e, portanto, também com o fundamento na irrecorribilidade da decisão, dado que, a reconhecer-se tal irrecorribilidade, ficaria, quanto ao recurso em causa, prejudicada a questão do seu não conhecimento com fundamento na falta do despacho de sustentação.

Para quê mandar suprir tal omissão, com a sustentação do despacho recorrido ou a alteração do decidido, quando a final se estava em presença duma decisão irrecorrível ou não passível de recurso?

É evidente que a irrecorribilidade da decisão prejudicava sem dúvida a acção processual desenvolvida por efeito do referido acórdão de fls. 728.

A questão pois ficaria morta com o reconhecimento da irrecorribilidade da decisão; e tendo-se decidido não tomar conhecimento do recurso apenas com o fundamento na omissão do despacho de sustentação, tudo parece indicar que a Relação considerou recorável a respectiva decisão, pois que, a pensar de modo diferente, não se justificaria a decisão proferida a fls. 734 e que foi depois objecto do recurso por parte do Ministério Público.

Além disso, tendo sido provocada pelo recorrido a intervenção da Relação para decidir a questão prévia, por ele levantada na sua

contra-alegação, do não conhecimento do recurso interposto pelo Ministério Público, mais uma vez a Relação, pronunciando-se sobre tal questão e delimitando o objecto do recurso nos termos constantes do seu acórdão de fls. 769, nada disse ou referiu quanto à irrecurribilidade da decisão na parte referente ao despacho proferido pelo Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária, e tal omissão poderá razoavelmente considerar-se também como índice revelador do reconhecimento da recorribilidade quanto àquele despacho, dado que a sua irrecurribilidade constituiria sempre fundamento legal do não conhecimento do recurso.

Refere o Ministério Público, como recorrido, na sua alegação de fls. 909 e a propósito do despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária, que não se trata duma decisão que envolva a apreciação de questões referentes à legalização da prisão preventiva e sua manutenção, pelo que, não se tratando dum despacho proferido no exercício de funções reservadas ao juiz, o que lhe tira o carácter jurisdiccional, é de afastar o problema da sua recorribilidade.

Mas, sobre tal aspecto, o Ex.^{mo} Procurador da República junto desta Secção Criminal perfilha critério diferente.

Depois de reconhecer que no despacho recorrido se decidiram questões relativas à legalidade da detenção do recorrente, de que dependia a sua libertação ou a manutenção de prisão preventiva, afirma que na instrução preparatória do processo penal há actos que pertencem à jurisdição e que tais actos, quando efectuados na Polícia Judiciária, são da competência do director ou subdirector, sendo estes, enquanto praticam actos de jurisdição, magistrados judiciais, gozando, no exercício das funções de jurisdição, de todas as prerrogativas dos juizes de direito, não havendo, nesse aspecto, qualquer subordinação hierárquica.

E aponta, como actos de jurisdição de relevo particular, na instrução preparatória, os respeitantes à validação judicial das capturas e, de um modo geral, tudo quanto diga respeito à liberdade dos detidos, para concluir que é solução inequívoca e indiscutida a de ser admissível recurso dos actos de jurisdição praticados durante a instrução preparatória, admissibilidade que, aliás, tem sido várias vezes reconhecida por este Supremo Tribunal.

Lendo-se o despacho em causa, o proferido a fls. 533, verifica-se,

sem a menor dúvida, que o Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária, durante a instrução preparatória do respectivo processo, decidiu, além do mais, sobre a legalidade da captura do arguido, mantendo a sua prisão preventiva sem admissão de caução.

E tal decisão, apreciando uma questão referente a medidas restritivas de liberdade individual, mais não representando do que o exercício de actos de jurisdição, é, pelo que atrás já foi referido e vem afirmado pelo ilustre Procurador da República junto desta Secção Criminal, susceptível ou passível de recurso para os tribunais superiores.

E não se diga que o disposto no art. 37 do C. P. Penal contraria o entendimento perfilhado.

É que esta disposição legal, quanto ao seu âmbito, deve ser interpretada em conjugação com os preceitos contidos nos cits. decs.-leis 35 007 e 35 042, que remodelaram, como se referiu já, profundamente a orgânica do processo penal, e tal interpretação, aliás de observar também em relação a muitos outros preceitos legais contidos no Código de Processo Penal, consente que dos despachos proferidos pelo director ou subdirector da Polícia Judiciária, na sua função de jurisdição e como juízes que são, se possa legalmente recorrer como se se tratasse de decisões proferidas pelos juízes de direito nas comarcas.

De resto, a tese da recorribilidade da decisão é também defendida no voto de vencido com o fundamento de a mesma haver recaído sobre matéria jurisdicionalizada intimamente correlacionada com a salvaguarda da liberdade individual e com a acusação e pronúncia, e é igualmente perfilhada no douto parecer de fls. 721.

Sendo pois o despacho de fls. 533, proferido pelo Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária do Porto, susceptível de recurso e tendo-se no acórdão recorrido decidido ser o mesmo irrecurável, há que reconhecer que nele não se conheceu do objecto de recurso na parte referente ao dito despacho, como devia.

Deixou assim a Relação, com fundamento na não recorribilidade do despacho em causa, de tomar conhecimento do recurso que dele fora interposto, pelo que, reconhecendo-se a improcedência de tal fundamento pelas razões atrás apontadas, se impõe a revogação do decidido e por forma a que a Relação, pelos mesmos

juizes se possível for, venha a conhecer do objecto do referido recurso, isto nos precisos termos do preceituado no n. 2 do art. 762 do C. P. C. com referência ao art. 649 do C. P. Penal

E da revogação do acórdão recorrido, na parte em que o mesmo não conheceu do recurso interposto do despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária, resulta necessariamente dever considerar-se como prejudicado o conhecimento do recurso interposto pelo Ministério Público do referido acórdão na parte respeitante à despronúncia do réu, motivo porque não tem este Supremo Tribunal que tomar posição quanto às questões que nele são levantadas e que constituem propriamente o seu objecto.

Nesta conformidade, acordam os juizes desta Secção Criminal em dar provimento ao recurso do réu, revogando o acórdão recorrido na parte em que não conheceu do recurso interposto do despacho do Ex.^{mo} Subdirector da Polícia Judiciária e por forma a que dele venha a conhecer, e em dar como prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público.

Sem imposto de Justiça.

Lisboa, 31 de Março de 1971 — *Manuel Falcão Nunes Garcia; Adriano Vera Jardim; Bernardo de Miranda.*

XVIII

ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DO PORTO, DE 25-6-1971 (*)

Acordam, em conferência, no Tribunal da Relação do Porto:

No processo de instrução preparatória que corria seus termos na delegação da Procuradoria de República da comarca de Lousada e no qual figurava como arguido Jorge Fernando da Silva Nogueira Nunes, solteiro, estudante, residente na rua de Gonçalves Crespo, n. 38, rés-do-chão, da cidade de Lisboa, acabou por intervir a Subdirectoria da Polícia Judiciária desta cidade, incumbida de prosseguir com a investigação.

Em 7 de Janeiro de 1969 o respectivo inspector ouviu, em declarações, o ora arguido dr. José Freire da Cruz Queirós, casado, advogado, residente na freguesia da Ordem, daquela comarca, e em seguida, com fundamento na existência de indícios que o tornavam suspeito da subtracção de vários processos e de um livro de registo de autos, praticada no mês de Setembro de 1968, na secretaria judicial da comarca de Lousada, ao abrigo do disposto no § 1.º do art. 254 do C. P. Penal ordenou a sua detenção e imediata remoção para as prisões privativas daquela Polícia, sem ter entregue ao arguido a respectiva nota de culpa.

O dr. Cruz Queirós foi depois ouvido várias vezes pelo inspector respectivo, sem a assistência de advogado nem de defensor officioso, nos dias 7, 10, 13, 16 e 27 de Janeiro, 6, 7, 10, 13, 14, 17 e 28 de Fevereiro e 4 de Março de 1969.

No decurso da instrução preparatória a Subdirectoria da Polícia procedeu, também, a buscas nos escritórios forenses daquele arguido e no seu próprio domicílio.

No dia 1 de Junho seguinte o dr. Cruz Queirós fez juntar aos autos uma procuração constituindo advogado, que logo invocou as nulidades processuais decorrentes da falta de entrega da nota de culpa, da falta de man-

(*) A fls. 1052-1063 dos autos.

dado para as buscas e da falta de assistência de advogado ou defensor officioso às declarações prestadas pelo arguido e, com fundamento nelas, requereu a imediata libertação do detido ou, pelo menos, que lhe fosse admitida caução.

O Exmo. Subdirector proferiu, sobre o requerimento, o douto despacho de fls. 533 ss., que o indeferiu na totalidade.

Finda a instrução preparatória o processo foi devolvido ao digno Agente do Ministério Público da comarca de Lousada. Apresentado o detido ao Mmo. Juiz, que lhe admitiu a prestação de caução, acabou o réu por ser restituído à liberdade, sob fiança, no dia 15 de Março de 1969.

Interpôs, então, recurso do despacho de fls. 533 ss., que foi admitido para subir oportunamente, com o que viesse a ser levado do despacho de pronúncia.

O dr. Cruz Queirós veio, efectivamente, a ser pronunciado, definitivamente, como autor do crime previsto e punido pelo art. 424 do C. Penal, sob a acusação de ter subtraído processos e um livro de registo de um deles, em Setembro de 1968, na secretaria daquela comarca.

O arguido Jorge Fernando também foi pronunciado pela prática de vários crimes, nenhum dos quais se conexiona com o do co-réu.

Do despacho de pronúncia recorreu o dr. Cruz Queirós.

O recurso subiu a esta Relação sem o despacho aludido no n. 1 do art. 744 do C. P. C. Em vista desta omissão o tribunal da segunda instância mandou baixar os autos para que o magistrado recorrido sustentasse ou reparasse os recursos do despacho de fls. 533, proferido pelo Exmo. Subdirector da P. J. e do despacho de pronúncia.

O Mmo. Juiz reparou-os a ambos. Anulou as declarações e interrogatórios do dr. Cruz Queirós, sem a intervenção de advogado nem de defensor officioso, com fundamento de que ela era necessária e, em consequência dessa anulação, julgou inexistentes indícios de prova contra aquele acusado, a quem despronunciou.

O digno Agente do Ministério Público requereu a subida do processo a esta Relação, para conhecimento dos dois despachos opostos de pronúncia, e despronúncia, e mais tarde, ainda dentro do prazo legal, recorreu deste último despacho.

Deferido o primeiro requerimento e admitido este segundo recurso, tanto o magistrado recorrente como o arguido alegaram, doutamente, quanto à matéria deste mesmo recurso. O recorrido suscitou, além disso, a questão prévia do não conhecimento do recurso do despacho de despronúncia.

Esta Relação, conhecendo dessa questão prévia decidiu não tomar conhecimento do despacho de despronúncia, conhecimento suscitado pelo requerimento do digno Agente do Ministério Público, pedindo a subida do processo para apreciação dos despachos opostos de pronúncia e despronúncia.

Ao mesmo tempo decidiu, também, não tomar conhecimento do recurso do despacho de pronúncia, interposto pelo dr. Cruz Queirós.

Ficaram, portanto, pendentes de decisão deste tribunal, apenas o despacho que revogou o do Exmo. Subdirector da P. J., proferido a fls. 533 ss. e o que despronunciou o dr. Cruz Queirós, objecto de recurso interposto em último lugar pelo digno Agente do Ministério Público junto do tribunal da comarca de Lousada.

Nesta Relação julgou-se irrecurável aquele despacho proferido a fls. 533 ss. e, nesta ordem de ideias, revogou-se o do Mmo. Juiz da primeira instância que, em reparação do recurso levado pelo réu, o tinha revogado.

Além disso também se manteve, nesta Relação, a despronúncia decretada no tribunal comarcão.

Mas o venerando Supremo Tribunal de Justiça revogou a decisão desta Relação na parte em que, segundo se esclareceu, não tomou conhecimento do despacho de fls. 533 ss., e ordenou-se a apreciação do respectivo recurso.

Pelo facto de o S. T. J. ter revogado o precedente acórdão desta Relação, naquela parte, deve entender-se que ficou a subsistir o despacho do Mmo. Juiz da primeira instância que o tinha revogado? É evidente que não, sob pena de não poder estar sob o presente recurso o despacho do Exmo. Subdirector da P. J., proferido a fls. 533 ss.

Por outro lado e não obstante a restrição formulada no douto acórdão do S. T. J., parece irrecusável que também volta a ser objecto do presente recurso o despacho de pronúncia do arguido dr. Cruz Queirós, uma vez que a sorte desta decisão está necessariamente ligada à do despacho do Exmo. Subdirector da P. J., proferido a fls. 533 ss.

São, portanto, estes dois os despachos a apreciar no presente recurso: o de fls. 533 e o de pronúncia.

Feito o relato do estado actual do processo vai entrar-se na apreciação do recurso do Exmo. Subdirector da P. J.

Os problemas que ele suscita são o da ilegalidade da tomada de declarações ao arguido dr. Cruz Queirós sem assistência de advogado nem de defensor officioso, o da qualificação da possível ilegalidade e o da respectiva sanção.

A solução do primeiro problema será aquela que se perfilhou no precedente acórdão desta Relação. Vem até particularmente fortalecida pelo resultado da controvérsia que sobre ela se estabeleceu no decurso do processo.

De modo que pouco mais se acrescentará aos argumentos manu-

seados no primeiro acórdão.

No regime do Código de Processo Penal exigia-se, no § 1.º do seu art. 244, a assistência de advogado ou defensor oficioso às declarações prestadas pelo arguido na fase da instrução preparatória, que deveria ser presidida pelo juiz.

Mas o dec.-lei 35 007 fez transitar as atribuições do magistrado judicial para o agente do Ministério Público fora de Lisboa, Porto e Coimbra. E o dec.-lei 35 042 investiu a Polícia Judiciária na competência para organização do corpo de delito de todos os processos que tenham de ser instruídos nessas três comarcas.

Por força do n. 3 do art. 21 daquele primeiro decreto e por força do art. 8 do segundo é que a matéria referente à libertação ou manutenção da prisão dos réus conservou a sua primitiva natureza de matéria jurisdicionalizada.

Dá o problema de saber se persiste, em face destes dois últimos diplomas, a formalidade imposta no citado § 1.º do art. 244 do C. P. Penal.

A necessidade da assistência de advogado ou defensor às declarações prestadas pelos arguidos visava, como escreveu o Prof. Cavaleiro de Ferreira, no seu *Curso de processo penal*, I, pp. 156 e 157, e II, pp. 324, garantir a liberdade dessas mesmas declarações.

E se a formalidade se impunha num regime de instrução preparatória presidida por um magistrado «irresponsável nos seus julgamentos», conforme o art. 120 da Constituição, por identidade de razão, se não por maioria, se impõe agora, num sistema que pôs a cargo de entidades policiais, subordinadas ao Executivo, a organização do corpo de delito.

No sentido da subsistência do citado § 1.º do art. 244 se têm pronunciado quantos, fora dos processos, versaram o problema.

Contra a solução objecta-se, no entanto, com o § único do art. 39 do dec.-lei 35 007, que faculta ao juiz, na fase da instrução contraditória, recusar a intervenção de advogado. Mas, segundo resulta do que acaba de observar-se a respeito da independência do magistrado judicial e da subordinação das entidades policiais, as duas situações não apresentam uma analogia essencial. A presença

do juiz aos actos da instrução contraditória garante melhor a liberdade das declarações do arguido do que a direcção do corpo de delito a cargo de autoridades vinculadas aos órgãos do Governo.

O objectivo do citado § único foi modificar o regime do artigo 330 do C. P. Penal, que permitia a assistência do representante do arguido a todos os actos da instrução contraditória.

Esta finalidade bem mostra que não foi intuito da lei fazer repercutir a modificação do citado art. 330 sobre as atribuições das entidades policiais, em matéria relacionada com o interrogatório dos arguidos.

Contra a afirmada vigência do § 1.º do citado art. 244 também se tem argumentado com o princípio do segredo de justiça, estabelecido no art. 13 do cit. dec.-lei 35 007. Mas a objecção esquece que o art. 70 do C. P. Penal já o consagrava, ao mesmo tempo que no citado § 1.º se exigia a presença de advogado ou defensor às declarações prestadas pelo arguido na fase da instrução preparatória.

Insinua-se, também, contra a exigência do citado § 1.º, com o disposto no § único do art. 13 do dec.-lei 35 007, que permite ao arguido apresentar memoriais e requerimentos ao Ministério Público. Mas se a assistência de advogado ou defensor tem por fim, como se viu, garantir a liberdade das suas declarações, é evidente que a concessão da referida faculdade nada tem a ver com a razão de ser da outra formalidade.

Ainda se objecta, contra a solução da vigência do § 1.º do cit. art. 244, com o disposto no art. 49 do cit. dec.-lei 35 007, que torna obrigatória a nomeação de defensor ao arguido que não tiver advogado constituído no momento em que for pronunciado provisoriamente, em processo de querela. Pretende deduzir-se daí que na fase anterior não se exige a intervenção de advogado nem de defensor.

Se o argumento colhesse, forçoso seria considerar dispensável a intervenção de representante do réu na validação jurisdicional da detenção, o que até seria contrário ao entendimento das entidades mais responsáveis da magistratura do Ministério Público, segundo se mostra no douto parecer publicado a pp. 97 do *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 3, firmado pelo então ajudante do Pro-

curador-Geral da República.

O cit. art. 59 prevê, sim, a possibilidade de o arguido, em processo de querela, ainda não ter advogado nem defensor na ocasião da pronúncia provisória. Pois a previsão cobrirá todas aquelas hipóteses — e são muitas — em que o réu acaba por ser indiciado sem ter sido ouvido, previamente, na instrução preparatória.

Finalmente, insinua-se, também, contra a solução aqui afirmada, da vigência do § 1.º do cit. art. 244, com a invocação de direito estrangeiro rejeitando a intervenção do advogado do réu numa certa fase da instrução. Mas a achega não pode resultar de modo nenhum contra um preceito que não admite dúvidas sobre o seu próprio sentido.

O problema da qualificação da ilegalidade resultante da falta de observância do § 1.º do cit. art. 244, não parece que possa ter outra solução que não seja a da nulidade prevista no n. 4 do art. 98 do C. P. Penal.

No entanto, nas alegações de um dos recursos subidos da primeira instância sustentou-se que a hipótese não se subsumia no citado preceito legal. Argumentou-se que o cit. n. 4 fala da nomeação de defensor ao «réu», enquanto que o § 1.º do cit. art. 244 se refere à nomeação de advogado ou defensor do «arguido», e que aquela designação só abrange os já indiciados, enquanto que esta última cobre os que ainda não têm culpa formada.

Não é exacto que o sentido das expressões seja esse que se inculca. Os arts. 203 e § 2.º, 206 e § 1.º, 239 e § 1.º do C. P. Penal, e os arts. 22 e 39 do cit. dec.-lei 35 007 mostram à evidência que a distinção proposta não tem nenhum fundamento.

Depara-se, agora, com o problema das possíveis consequências da nulidade.

Mas antepõe-se-lhe um outro, que é o de saber se, no caso vertente, a matéria sob apreciação, no presente recurso do despacho do Exmo. Subdirector da P. J., é de natureza jurisdiccional.

Na primeira hipótese o regime da nulidade não poderia deixar de ser aquele que o Código de Processo Penal directamente pres-

crevia, designadamente no § 1.º do seu art. 98.

Na hipótese de não se tratar de matéria jurisdicionalizada a solução poderá ser diversa daquela.

Ora, antes de mais importa acentuar que não está decidido, no processo, com trânsito, se o despacho envolve, ou não, matéria de jurisdição.

O douto acórdão do S. T. J., na sua parte dispositiva, não se pronunciou sobre tal problema. E a decisão não implica, necessariamente, a afirmação da natureza jurisdicional do despacho uma vez que o Supremo também considerou que o tribunal da Relação estava vinculado à apreciação do despacho sob recurso, por força de caso julgado formal.

Aberta como está, portanto, a possibilidade da discussão da natureza jurisdicional ou não jurisdicional da decisão proferida pelo Exmo. Subdirector da P. J., há que iniciá-la e concluí-la.

Pois tem-se como absolutamente certo que o despacho em causa não se reveste de natureza jurisdicional.

Viu-se, através do relato feito, que o recorrente dr. Cruz Queirós, arguiu, perante aquela entidade policial, várias ilegalidades praticadas no decurso do processo, entre as quais a da tomada de declarações sem a presença de advogado ou defensor e a da irregularidade da sua prisão. Na sequência dessa arguição concluiu pedindo a sua imediata restituição à liberdade.

Nas conclusões das alegações do recurso, porém, reduziu, ao abrigo da lei, o respectivo âmbito, omitindo o pedido da sua libertação que, de resto, estava prejudicado com anterior restituição à liberdade, consequente da prestação de caução.

É evidente, portanto, que deixou de estar sob recurso qualquer matéria jurisdicionalizada, porventura versada no aludido despacho do Exmo. Subdirector da P. J.

Nem, de resto, o problema da nulidade das declarações prestadas pelo arguido na fase da instrução preparatória, comportava matéria jurisdicionalizada porque ele tinha sido detido na base de indícios anteriores a essas declarações. Por conseguinte, o deferimento da arguição da nulidade fundada na falta de advogado ou defensor nunca poderia importar, juridicamente, a sua restituição à liberdade.

Nem a circunstância de o recorrente dr. Cruz Queirós ter pedido, numa das conclusões das suas doutas alegações, a despronúncia com fundamento nessa nulidade, pode ter como efeito a jurisdicionalização do despacho do Exmo. Subdirector da P. J., na parte que ora pende de recurso.

Se porventura a natureza jurisdicional dos actos praticados pelas entidades policiais, no decurso da instrução preparatória, estivesse condicionada pela influência deles na prova indiciária, acabaria por dar-se coloração jurisdicional a toda a actividade instrutória com valor positivo. E, deste modo, se violaria o princípio fundamental visado no cit. dec.-lei 35 007, que foi — aproveitando uma das passagens dos estudos do Prof. Eduardo Correia na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 99, p. 35 — retirar o Ministério Público da dependência do Poder Judicial e desenvolver todas as virtualidades do princípio acusatório. Efectivamente, se todos os actos de instrução, portadores de indícios, estivessem sujeitos, como actos de jurisdição, à possibilidade de anulação por parte dos magistrados judiciais, ou à eventualidade de serem mandados repetir em recurso levado perante o juiz, regressar-se-ia ao regime do Código do Processo Penal, consentindo que os tribunais, embora indirectamente, interferissem na instrução preparatória, paralizzando ou dificultando a acção das entidades policiais com o facto de lhes impor diligências ou formalidades para que o processo pudesse seguir os termos ulteriores e impedindo que o Ministério Público formulasse a acusação com base em indícios já existentes, denunciados em actos de instrução, não affectados de qualquer vício.

Retomando, agora, o problema das consequências da nulidade das declarações prestadas pelo dr. Cruz Queirós sem a assistência de advogado nem de defensor, depois de fixada, como está, a natureza não-jurisdicional do despacho do Exmo. Subdirector da P. J., vislumbra-se como possíveis apenas quatro soluções:

- uma, a simples reparação da ilegalidade por via hierárquica;
- outra, a da aplicação integral do regime do § 1.º do art. 98 do C. P. Penal, mediante a anulação dos actos affectados pelo vício e mediante a imposição, à entidade instrutora, da repetição da tomada

de declarações ao arguido na presença de advogado ou defensor;

— outra, a da aplicação do citado § 1.º do art. 98 mas só na parte em que aí se comina a anulação dos actos affectados pela ilegalidade;

— a última, a da privação de valor indiciário nos actos nulos.

— A primeira das soluções enunciadas foi perfilhada num acórdão desta Relação, segundo se dá conta nas doutas alegações de fls. 803.

Mas, salvo o devido respeito, a sua rejeição impõe-se sob pena de se permitir às entidades policiais a possível legalização de todas as arbitrariedades da instrução preparatória e de se lhes conceder atribuições próprias dos magistrados judiciais, fixando o valor indiciário das provas coligidas.

— A solução da aplicação integral do § 1.º do art. 98 do C. P. Penal, sòmente se poderia justificar na base da jurisdicionalização dos actos de investigação preparatória.

Fora deste pressuposto, que não é o do caso vertente, a aplicação integral do regime das nulidades do citado diploma implicaria, como se mostrou, a violação, mais ou menos frontal, do espírito do citado dec.-lei 35 007, fazendo depender o Ministério Público, no exercício das funções de investigação preparatória e no funcionamento do princípio acusatório, da censura do poder judicial sobre a condução das diligências da instrução. No fim de contas seria o regresso puro e simples ao sistema originário do Código de Processo Penal, elaborado na base da exclusividade da competência do juiz para a organização do corpo de delicto.

— A terceira das soluções possíveis seria, como se viu, a da simples anulação, por parte do magistrado judicial, dos actos affectados de nulidade, sem imposição, às entidades policiais, das diligências a praticar e das formalidades a cumprir, para validação do corpo de delicto.

Mas é fácil de ver que, no fim e ao cabo, esta solução se reconduziria à segunda. Efectivamente, o despacho jurisdicional que declarasse a nulidade de certo acto ou a necessidade da observância de

certa formalidade, implicando um caso julgado formal, paralizaria a instrução preparatória e impossibilitaria a formulação da acusação enquanto não tivesse sido suprida.

— A última das soluções aventadas resulta como a única possível, por exclusão de partes.

É também aquela que mais se conforma com os princípios básicos estabelecidos no cit. dec.-lei 35 007 e tornados extensivos ao outro diploma, o dec.-lei 35 042.

Assim poderão subsistir, absolutamente respeitadas, as funções das entidades policiais e do Ministério Público, restritas à instrução preparatória e ao funcionamento do princípio acusatório, ao lado das funções da Magistratura Judicial, que, no essencial, se reconduzem ao julgamento do mérito das provas e do recebimento ou rejeição da acusação.

Só excepcionalmente, como resulta do disposto no art. 38 daquele dec.-lei 35 007, é que o juiz pode praticar actos de instrução preparatória, o que corrobora o princípio da independência das entidades policiais em face do poder judicial, carecido de competência para lhes ordenar a prática de diligências de prova.

Por conseguinte, uma vez arguida, pelo interessado, a nulidade de algum acto de investigação policial, qualquer decisão das entidades instrutoras proferida sobre a matéria não se reveste de força vinculativa para o juiz, pois que a apreciação da prova não lhes compete.

Nem se objecte contra a solução preconizada, como se faz num dos doutos pareceres juntos aos autos, que ela representa um «atalho» possibilitando a recolha de indícios subministrados por actos não viciados de nulidade. Pois não se mostrou já que esta consequência é precisamente aquela que está de acordo com o princípio da independência das entidades instrutoras perante o poder judicial e com o princípio da liberdade de exercício da acção penal por parte do Ministério Público?

Da aplicação da solução proposta em último lugar advém, portanto, que as declarações prestadas pelo dr. Cruz Queirós, na quali-

dade de arguido, no decurso da instrução feita pela P. J., sem a presença de advogado nem de defensor officioso, carecem de valor indiciário.

Eis a consequência que resultaria independentemente da interposição do recurso do despacho de fls. 533 ss., que desatendeu a arguição de nulidade daquelas diligências. Pois, como se disse, compete exclusivamente à Magistratura Judicial apreciar o mérito das provas recolhidas na instrução preparatória.

Ordenada, porém, como foi, superiormente, a apreciação do despacho do Exmo. Subdirector da P. J., surge a questão de saber se este tribunal se pode limitar à aplicação daquela consequência ou se, pelo contrário, estará vinculado ao dever de o revogar, na hipótese de reconhecer a sua ilegalidade.

Parece obrigar esta segunda alternativa sob pena de a imposição do tribunal superior perder todo o seu valor prático.

Efectivamente, a finalidade dos recursos é tornar possível a revogação das decisões recorridas e não a sua apreciação meramente académica no aspecto da legalidade ou da ilegalidade.

A anulação da tomada de declarações ao dr. Cruz Queirós perante a P. J., na qualidade de arguido, sem assistência de advogado nem de defensor officioso, arrastará a anulação de todos os actos subsequentes da acusação e pronúncia, porque estes dependem dos primeiros. Effectivamente, como se mostrou no acórdão precedente desta Relação, os indícios coligidos contra o réu resultavam daquelas declarações tomadas com infracção do disposto nos cits. § 1.º do art. 244 e do n. 4 do art. 94 do C. P. Penal.

De harmonia com o exposto, decide-se:

a) Conceder provimento ao recurso do despacho de fls. 533 ss., revogando-o e mandando que o Exmo. Subdirector da Polícia Judiciária o substitua por outro em que defira a arguição da nulidade da tomada de declarações ao dr. Cruz Queirós sem a assistência de advogado ou defensor officioso;

b) Anular os actos subsequentes da acusação e pronúncia daquelle arguido;

c) Julgar prejudicado o conhecimento do recurso do despacho

de pronúncia.

Sem imposto de justiça.

Porto, 25 de Junho de 1971 — *Manuel Ferreira da Costa; Correia Guedes; Manuel Alves Peixoto*. (Votei a decisão no que ela tem de essencial: declaração da nulidade do interrogatório e das declarações do arguido dr. Queirós, por terem sido efectuadas sem a assistência de advogado constituído ou de defensor officioso (arts. 279 e 244, § 1.º, do C. P. Penal) e dos actos subsequentes por ela afectados, inclusive da acusação e da pronúncia (art. 98, n. 4 e § 1.º), o que importa a baixa do processo à Polícia Judiciária e ficar prejudicado o segundo recurso.

Discordei, todavia, que se tenha negado carácter jurisdicional à questão da imprescindibilidade da dita assistência.

Embora o art. 8 do dec.-lei 35 052 fale só nas «funções [judiciais] relativas à libertação ou manutenção da prisão dos arguidos e à aplicação provisória de medidas de segurança», isso não significa que apenas essa matéria seja jurisdicional. É-o também reconhecidamente a respeitante à admissão de assistente (circular 14, de 23-1-1946, da Proc.-G. República e ac. Rel Lx., de 9-1-1951, no *B. M. J.*, 26, p. 162), a de aplicação de multa nos termos do art. 91 do C. P. Penal (dita circ. e ac. Rel. Coimbra, de 7-11-1950, no *B. M. J.*, 24, p. 187), a de impedimentos e suspeições, a de falsidade, a de alienação mental e muitas mais (ac. S. T. J., de 12-5-1965, no *B. M. J.*, 147, p. 125).

Sempre que haja um conflito de interesses a solucionar, um direito em crise a restabelecer, aí pode acudir o poder jurisdicional.

Ora, parece-me indiscutível que a questão da assistência de advogado ou defensor officioso às perguntas e declarações do arguido toca directamente com o direito fundamental e constitucional da sua defesa (art. 8, n. 10 da Const. Pol.) e com o direito de não dizer a verdade, de se calar ou falar com plena liberdade (parecer da Proc.-G. Rep. de 2-9-1946, no *B. M. J.*, 3, p. 37, Eduardo Correia nas *Lições de proc. crim.*, 169 e Cavaleiro de Ferreira no *Curso*, I, p. 157).

Especificadamente a dita assistência ao interrogatório é um pos-

tulado do contraditório que há-de dominar esse incidente processual, onde se discute «a libertação ou manutenção de prisão» (cit. art. 8, do dec.-lei n. 35 042).

O próprio acórdão, ora tirado, reconhece quanto acima se diz, ao atribuir aos arts. 244, § 1.º, e 279 a função de «garantia da liberdade das declarações do arguido»).

XIX

ALEGAÇÃO DO RECORRENTE PROCURADOR DA REPÚBLICA NA RELAÇÃO DO PORTO PARA O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*)

As questões a decidir agora foram postas já no anterior recurso para esse mais Alto Tribunal, tendo ficado, então, prejudicado o seu conhecimento pela decisão que ordenou a esta Relação a apreciação do recurso interposto pelo arguido, na 1.^a instância, do despacho do Exmo. Subdirector da Polícia Judiciária, proferido a fls. 533, que havia sido julgado irrecorrível.

Resumem-se elas a saber se são ou não ilegais as declarações prestadas em instrução preparatória pelo arguido, dr. José Freire da Cruz Queirós, sem a assistência de advogado ou defensor officioso, e, na hipótese de ilegalidade, qual a sua qualificação e respectiva sanção.

Essas questões foram tratadas já na nossa alegação de fls. 803 ss. e largamente debatidas no processo, mas, não obstante o que já se pode prever quanto à possível posição a tomar por esse Supremo Tribunal de Justiça, em face do que se escreveu no acórdão de fls. 1032 ss. e no recente acórdão de 30 de Junho findo, proferido no recurso n. 33 416, ainda inédito, não queremos, no entanto, deixar de mais uma vez sujeitar à apreciação de V. Exa. um assunto, em que não será demasiado insistir, com larga projecção na opinião pública e que é da maior importância para a investigação criminal, com naturais reflexos na sua eficiência, ou não, no que concerne à defesa da Nação, na sua ordem social política.

(*) A fls. 1071-1076 dos autos.

Defendeu-se, naquela nossa alegação, que, com a publicação do dec.-lei n. 35 007, de 13-10-1945, foram derogados os preceitos do Código de Processo Penal, designadamente os seus arts. 279 e 244, § 1.º, que, em instrução preparatória, impunham a assistência de advogado ou defensor oficioso aos interrogatórios e declarações do arguido, quando presididos por magistrados do Ministério Público, sobretudo por virtude do princípio inquisitório introduzido por aquele decreto na nossa lei processual penal, que sofreu, nesse aspecto, profunda alteração.

Nele se atribuiu à instrução preparatória carácter predominantemente administrativo, deixando de atender-se aos interesses antagónicos do denunciado ou suspeito agente do crime e do ofendido, mesmo que como assistente se haja constituído, para realização do interesse do Estado na punição dos culpados ou na demonstração da inocência de qualquer indigitado autor de crimes que porventura os não tenha cometido.

Não há, nessa fase, a preocupação da defesa dos interesses do arguido ou do ofendido, mas unicamente a do descobrimento da verdade, a cargo do Ministério Público e dos organismos seus auxiliares. Nem aí cabe actualmente o conceito de partes — uma, naturalmente interessada em subtrair-se à acção da justiça, e, outra, na rigorosa punição do crime. Tal conceito só terá lugar verdadeiramente após a colheita dos elementos suficientes de indiciação feita com a isenção, responsabilidade e escrúpulo próprios de magistrados do M.º P.º, especialmente preparados e hierarquizados merecedores, cremos nós, da confiança do Estado que os escolhe e da dos cidadãos que aquele só pretende proteger, defendendo a sociedade contra tudo que a possa perturbar ou ameaçar.

Só, portanto, nas fases seguintes da instrução contraditória e do julgamento, de carácter jurisdicional, dominadas já pelo princípio do contraditório, com a presidência de magistrados judiciais, se configuram as partes, com os seus direitos e interesses próprios.

Aí é que estará em causa a defesa dos acusados, com a intervenção de quem tècnicamente preparado e ao abrigo de possíveis emoções perturbadoras da indispensável tranquilidade de espírito e do normal funcionamento das faculdades intellectuais e volitivas,

possa auxiliá-los na sua pretensão de se subtraírem à aplicação de qualquer pena porventura injusta, quer na sua essência, quer na sua espécie e medida.

O Ministério Público deixou de ser, na instrução preparatória, o acusador, e à parte ofendida deixou de se permitir qualquer outra intervenção, designadamente a assistência a actos de instrução que não a expressamente facultada no § único do art. 13 do dec.-lei n. 35 007.

Aquele, colocado por lei em posição superior a qualquer conflito de interesses privados, apenas caberá o descobrimento da verdade que indiciariamente deverá alcançar através do arguido e ofendido, das testemunhas, exames e demais provas previstas na lei e por estas permitidas, quer essa verdade prejudique quer beneficie o arguido.

Dáí o ter-se afirmado que na lógica do sistema, tenha perdido justificação a intervenção de advogado ou defensor, como se não justificaria também a do representante da parte acusadora, na instrução preparatória, sempre que não esteja em causa a definição de direitos, e se não configure, ainda que só esboçada, a lide processual, o que acontece quando, por exemplo, o Juiz é chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da prisão ou da sua manutenção.

Defendeu-se, portanto, que, nos termos do § 2.º do art. 12 do dec.-lei 35 007 deixaram de ser aplicáveis à instrução preparatória as disposições do Código de Processo Penal que impunham a assistência de advogado às declarações do arguido, quando presididas pelo Ministério Público, por contrariarem o disposto nesse decreto-lei.

Nem se invoque o art. 8, n. 10, da Constituição, que impõe as necessárias garantias de defesa, antes e depois da formação da culpa, pois que tais garantias — entre as quais se não prevê a assistência de advogado —, se mostram asseguradas na doutrina que sustentamos, com a necessidade, nos casos mais graves, e a possibilidade, nos demais, de instrução contraditória, antes da formação definitiva de culpa (e só a esta parece poder referir-se aquele preceito constitucional), e posteriormente na fase do julgamento.

Ao que sustentamos na aludida alegação, trouxe o Exmo. Pro-

curador da República junto da secção criminal desse mais Alto Tribunal, no seu esclarecedor parecer de fls. 971 ss., precioso contributo, com estudo aprofundado da questão, designadamente no tocante ao direito comparado e doutrina estrangeira em países insuspeitos de qualquer forma de totalitarismo e que fazem gala das suas liberdades, como acontece na liberal e democrática França, onde se diz não existir, como entre nós, a preocupação da equilibrada conjugação das liberdades individuais com o princípio da autoridade, para a disciplina das relações sociais.

Por tudo isso, continuamos a pensar que não sofrem de qualquer ilegalidade as declarações do arguido por haverem sido prestadas sem a assistência de advogado constituído ou defensor nomeado, apresentando-se, pois, com a força indiciária e probatória suficiente para, conjugadas com os demais elementos de prova colhidos no processo, justificar a pronúncia do arguido.

Considerando-se, porém, a hipótese de assim se não entender, terá, nesse caso, de aceitar-se a solução que se encontrou no douto acórdão recorrido para a qualificação da ilegalidade e da repetição das diligências anuladas e de todos os actos posteriores que com aquelas se encontram em relação de causa para efeito, o que não deixa, porém, de ofender, em certa medida, o princípio da separação e independência das funções das Magistraturas Judicial e do Ministério Público, consignado na nossa lei, e que, parece, não poderia permitir a intromissão daquela nas funções desta, para censurar, anular ou ordenar qualquer dos seus actos.

C o n c l u s õ e s

1.^a As disposições do Código de Processo Penal que impunham a assistência de advogado ou defensor oficioso às declarações do arguido em instrução preparatória, designadamente os seus arts. 279 e 244, § 1.º, contrariam o disposto no dec.-lei 35 007, de 13-10-1945, por a sua aplicação se mostrar incompatível com o princípio inquisitório introduzido no nosso sistema processual criado por esse decreto.

2.ª Encontram-se, por isso, derogadas, e deixaram de ser aplicáveis, por força do preceituado no art. 12, § 2.º daquele dec.-lei.

3.ª Ao contrário do que sucede nas fases do julgamento e da instrução contraditória, sempre possível, ou mesmo necessária, nos casos mais graves, o Ministério Público não é parte no processo de instrução preparatória, em que lhe cabe a direcção e superintendência (art. 14 do dec. 35 007), colocado acima de qualquer conflito de interesses privados, e só preocupado com o descobrimento da verdade que tanto pode prejudicar como beneficiar a posição do arguido.

4.ª Não é ilegal, pois, o despacho do Exmo. Subdirector da Polícia Judiciária que indeferiu o requerimento do arguido para ser assistido pelo advogado constituído, nas declarações que prestou perante o respectivo inspector, nem estas são ilegais ou nulas nos termos do art. 98, n. 4 do C. P. Penal.

5.ª A Relação, declarando a nulidade das declarações prestadas pelo arguido, em instrução preparatória, perante o magistrado competente, e todos os actos subsequentes da acusação e pronúncia e que julgou prejudicado o conhecimento do recurso do despacho de pronúncia violou, por erro de interpretação a aplicação o disposto nos arts. 1 e 12 e seus parágrafos do dec.-lei 35 007, 24 do dec.-lei 35 042 na redacção do dec.-lei 39 351, 172 n. 1 do Est. Jud. e 98 n. 4, 279 e 244 § 1.º do C. P. Penal.

6.ª O douto acórdão recorrido deverá, portanto, ser revogado, ordenando-se que o processo volte a esta Relação a fim de se pronunciar sobre se há ou não indícios suficientes para a pronúncia do arguido, pelo crime oportunamente acusado, atenta a consideração de toda a prova produzida, incluindo aquelas declarações prestadas em inteira conformidade com a lei.

7.ª Se assim se não entender, terá de ser confirmado o acórdão recorrido no que diz respeito à sanção correspondente à declaração da nulidade, que implica a repetição dos actos anulados e dos actos

subsequentes da acusação e pronúncia.

No entanto, esse mais Alto Tribunal decidirá, como sempre, com a costumada

J u s t i ç a .

O procurador da República,

MANUEL DOS SANTOS CARVALHO

XX

CONTRA-ALEGAÇÃO DO RECORRIDO DR. JOSÉ FREIRE DA CRUZ QUEIRÓS PARA O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*)

Como responder à douda alegação do Senhor Procurador junto da Relação do Porto?

Que dizer dela?

Qual o seu alcance e utilidade, particularmente depois de tudo o que já foi dito e carreado para o processo?

A que visa o presente recurso?

O ora recorrido tem em mira apenas a legítima defesa dos seus direitos, postergados e espezinhados dos mais variados ângulos como o processo ressuma, na fase da instrução preparatória.

Disso se dá conta aliás o douto magistrado recorrente ao aludir ao assunto como de *«larga projecção na opinião pública»*.

E o que revela isto?

Não será que a sociedade portuguesa está doente e que essa doença se incrustou, como não podia deixar de ser, logo em primeiro lugar, nas Polícias e, por tal via, na própria administração da Justiça Penal?

Triste será reconhecê-lo mas assim parece que terá de suceder.

O opúsculo *A Defesa do Direito e o Direito de Defesa*, separata da «Revista da Ordem dos Advogados» (**) recentemente publicada, da autoria dos drs. Abranches-Ferrão e Salgado Zenha, particularmente

(*) A fls. 107-1078 dos autos.

(**) Esse opúsculo contém a contra-alegação publicada no presente volume, pp. 419 ss., e algumas peças do processo, todas insertas neste volume.

na sua nota introdutória, única parte dela que não constará deste processo, revela-o eloquentemente.

Mostra-nos isso que temos vivido, há longuíssimos anos, à beira do abismo das verdadeiras trevas inquisitoriais.

Será que ainda haverá quem pretenda *conscientemente* retornar a elas?

E a que título porfiar na tese da «administrativação» da Justiça Criminal?

Porque se não «administrativa» antes, e em todos os seus aspectos, o Direito Civil?

A Bíblia conterà, inclusive no Novo Testamento, magníficas parábolas aplicáveis ao caso.

Felizmente que o digno magistrado recorrente se «confessa» de antemão convencido quanto ao desfecho final deste caso, nomeadamente quando alude ao «que já se pode prever quanto à possível posição a tomar por esse [este, aliás] Supremo Tribunal de Justiça, em face do que se escreveu no acórdão de fls. 1032 ss. e no recente acórdão de 30 de Junho findo, proferido no recurso 33 416, ainda inédito».

Porque *inédito*, o recorrido pede vénia para juntar aqui, ao diante, cópia do mesmo.

E finaliza com um *apêlo*: que se não deixem as portas abertas de molde a que para si, ou para outros, ressuscite a possibilidade de nova detenção com maus tratos e requintadas torturas físicas e morais; abra-se antes, para todos os sectores da investigação criminal, o abcesso purulento que representam os actuais métodos possibilitados pela lei.

Acabe-se com todas as possibilidades materiais, por exemplo, da insidiosa tortura pela privação do sono, que pode enlouquecer ou marcar psiquicamente as vítimas para toda a sua breve existência terrena.

Ferreira de Castro, escritor deste País bem conhecido em todo o Mundo e que não necessita por isso mesmo de qualquer espécie de adjectivação, escreveu há anos, para um processo político, um documento excepcional. Com uma passagem dele, dirigida agora para a tese deste recurso, se termina aqui:

«Só, efectivamente, os sentimentos de equidade e de compreensão do fenómeno humano fazem posteridade luminosa ao procedimento dos homens e das nações que eles constituem. O resto é negrume. O resto é volver atrás, às eras que desconheciam as grandes normas morais que os maiores espíritos da humanidade viriam a criar e que representam, indiscutivelmente, irrefragavelmente, o melhor tesouro de todos nós.»

Termos em que, confiadamente, se espera que se continue a vislumbrar o início de uma verdadeira Justiça Penal, negando-se assim provimento ao recurso.

O advogado,

ARNALDO MESQUITA

XXI

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 9-12-1971 (*)

O Tribunal da Relação do Porto decidiu que constituia nulidade a não presença de advogado ao interrogatório do arguido na fase da instrução preparatória e, em consequência, declarou nulos os actos subsequentes à acusação.

O Ministério Público, pelo seu ilustre representante junto do mesmo tribunal, recorre do respectivo acórdão, formulando na sua alegação as seguintes conclusões, que se transcrevem:

1.^a As disposições do Código do Processo Penal que impunham a assistência de advogado ou defensor officioso às declarações do arguido em instrução preparatória, designadamente os seus arts. 279 e 244 § 1.º, contrariam o disposto no dec.-lei 35 007, de 13-10-1945, por a sua aplicação se mostrar incompatível com o princípio inquisitório introduzido no nosso sistema processual criado por esse decreto;

2.^a Encontram-se, por isso, derogadas, e deixam de ser aplicáveis, por força do preceituado no art. 12, § 2.º daquele decreto-lei;

3.^a Ao contrário do que sucede nas fases do julgamento e da instrução contraditória, sempre possível ou mesmo necessária, nos casos mais graves, o M.º P.º não é parte no processo de instrução preparatória, em que lhe cabe a direcção e superintendência (art. 14 do dec 35 007), colocado acima de quaisquer interesses privados, e só preocupado com o descobrimento da verdade que tanto pode prejudicar como beneficiar a posição do arguido;

(*) A fls. 1096-1101 dos autos.

4.^a Não é ilegal, pois, o despacho do subdirector da Polícia Judiciária que indeferiu o requerimento do arguido para ser assistido pelo advogado constituído nas declarações que prestou perante o respectivo inspector, nem estas são ilegais ou nulas nos termos do art. 98, n. 4 do C. P. Penal.

5.^a A Relação, declarando a nulidade das declarações prestadas pelo arguido, em instrução preparatória, perante o magistrado competente, e todos os actos subsequentes da acusação e pronúncia violou, por erro de interpretação e aplicação o disposto nos arts. 1 e 12 e seus parágrafos do dec.-lei 35 007, 24 do dec.-lei 35 042, na redacção do dec.-lei 39 351. 172, n. 1, do Est. Jud. e 98, n. 4, 279 e 244, § 1.º, do C. P. Penal;

6.^a O douto acórdão recorrido deverá, portanto, ser revogado, ordenando-se que o processo volte à Relação a fim de se pronunciar sobre se há ou não indícios suficientes para a pronúncia do arguido pelo crime oportunamente acusado, atenta a consideração de toda a prova produzida, incluindo aquelas declarações prestadas em inteira conformidade com a lei;

7.^a Se assim não entender, terá de ser confirmado o acórdão recorrido no que diz respeito à sanção correspondente à declaração da nulidade, que implica a repetição dos actos anulados e dos actos subsequentes da acusação e pronúncia.

O recorrido junta com a sua alegação cópia do acórdão deste Tribunal de 30 de Junho do corrente ano e pede a confirmação do decidido.

O Senhor Procurador da República junto da secção criminal, no seu parecer, chama a atenção para o que disse no parecer publicado, em anotação, àquele acórdão deste Tribunal — *Bol. Min. Just.*, 208, p. 104 ss. — louvando-se nele e na alegação já referida, convicto, como está, de que aí se sustenta a única doutrina que a lei actual consente.

A questão posta, nos seus precisos termos, foi tratada no citado acórdão deste Tribunal, presentemente, como se disse, já publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*. Aí se seguiu a orientação do acórdão agora sob censura, optando-se por decisão exactamente igual.

Isto não quer dizer que este Tribunal não deva rever a posição tomada, dado que pode acontecer que argumentos novos a ponham em crise.

Sucede, porém, que nem a argumentação produzida pelo recorrente é nova, nem os fundamentos do dito acórdão vêm, por qualquer forma, contrariados por maneira a poderem julgar-se inutilizados.

A questão foi ali tratada tão pormenorizada e exaustivamente quanto possível, o que não quer dizer que se tenham esgotado todos os argumentos capazes de fazer valer a tese defendida — o que, em boa verdade, seria difícil ou mesmo impossível.

Sem repetir, por supérfluo, e visto que são conhecidos os aludidos fundamentos, vamos apenas examinar, por ali não haverem sido tratados dois pontos, embora possamos afirmar, desde já, que não são de maneira alguma essenciais ao tratamento da questão, dado que pensamos que os fundamentos com base nos quais se decidiu são suficientes para se chegar à solução encontrada.

O primeiro será a análise das três primeiras conclusões da alegação do ilustre recorrente.

Diz-se na primeira, como se viu, que as disposições do Código de Processo Penal que impunham a assistência de advogado ou defensor oficioso às declarações do arguido em instrução preparatória, designadamente os seus arts. 279 e 244, § 1.º, contrariam o disposto no dec.-lei 35 007 por a sua aplicação se mostrar incompatível com o princípio inquisitório introduzido no nosso sistema processual criado por esse decreto.

Daqui se conclui que tais disposições do Código de Processo Penal se encontram derogadas e deixaram de ser aplicáveis, por força do preceituado no art. 12, § 2.º, daquele decreto-lei.

Tal posição não nos parece de aceitar, e isto mesmo que se admitisse que aquele citado princípio tivesse sido introduzido no nosso sistema processual penal pelo dec.-lei 35 007.

Efectivamente, como se demonstrou no acórdão de 30 de Junho deste Tribunal, já referido, aquele diploma legal, no § 8.º daquele art. 12, limitou-se a transferir os poderes e funções do juiz para o Ministério Público, prescrevendo que são aplicáveis à instrução preparatória as disposições do Código do Processo Penal relativas ao corpo de delito que não contrariam o disposto no mesmo dec.-lei.

Ora, o disposto no § 1.º, do art. 245 do C. P. Penal em nada contraria o dec.-lei 35 007.

Diz-se na terceira conclusão que, ao contrário do que sucede nas fases de julgamento e de instrução contraditória, o Ministério Público não é parte no processo de instrução preparatória, estando colocado acima de quaisquer interesses privados e só preocupado com o descobrimento da verdade que tanto pode prejudicar como beneficiar a posição do arguido.

É, assim, na verdade. Não vemos, porém, em que é que isso possa contribuir para a solução do problema em causa.

Com efeito, também no sistema do Código do Processo Penal, no qual o juiz da causa era o instrutor, o procedimento deste não podia ser diferente, e, no entanto, a garantia do citado parágrafo do art. 244 do C. P. Penal existia.

Se existia para este, por maioria de razão há-de manter-se para o M.º P.º, pois este, ao introduzir o feito em juízo, passa a ser parte no processo.

Aliás, o legislador do dec.-lei 35 007, ao introduzir o sistema da obrigatoriedade da instrução contraditória nos processos por infracções a que corresponde pena maior, procurou garantir, pela total imparcialidade de quem dirige tal instrução, pela actividade do arguido, que a defesa deste estivesse assegurada de forma completa — o que revela que, apesar de o Ministério Público se dever comportar como foi enunciado, não achou isso suficiente, fazendo, pois, intervir sempre o juiz e fixando os prazos da instrução preparatória, que não podem ser prorrogados.

Estes pontos, aliás, se não foram directamente encarados no citado acórdão deste Tribunal, não podem deixar de se entender de harmonia com a posição que ali se tomou. Não é, pois, necessário prolongar a discussão sobre eles.

Resta tratar o segundo ponto, que — esse, sim — não foi directamente encarado no já referido acórdão.

Contém-se ele na análise do art. 39 e § único do dec.-lei 35 007.

Prescreve-se aí que aos actos de instrução contraditória poderão assistir o M.º P.º, o arguido, o seu defensor e o advogado dos assis-

tentes, acrescentando-se no parágrafo que o juiz pode denegar a faculdade a que se refere o artigo na medida em que a considere incompatível com o êxito ou finalidade das diligências.

Do disposto neste artigo e seu parágrafo se tira a ilação de que na instrução contraditória pode o juiz dispensar a presença do advogado ao interrogatório do arguido. Ora, se é possível uma decisão dessa ordem na fase contraditória, o que não contraria preceito algum da Constituição, parece poder concluir-se que também na fase da instrução preparatória é legal dispensar a presença do defensor do arguido ao interrogatório deste.

Esta argumentação, em nosso entender, e salvo sempre o respeito devido pelas opiniões divergentes, não colhe.

Efectivamente, o citado art. 39 dispõe que aos actos de instrução contraditória poderão assistir o M.^o P.^o, o arguido, o seu defensor e o advogado dos assistentes. Mas o § único do mesmo artigo prescreve que o juiz pode denegar a faculdade a que se refere o corpo do artigo na medida em que a considere incompatível com o êxito ou finalidade das diligências, como se viu.

Para que aquela posição fosse válida seria necessário demonstrar que esta disposição inclui o interrogatório do arguido. Com efeito, tal interrogatório pode, e deve, incluir-se na expressão «actos de instrução», como é óbvio, pois o arguido, durante a instrução contraditória, pode ser interrogado tantas vezes quantas forem julgadas necessárias, como, aliás, o pode ser durante a instrução preparatória.

Mas consentirá a disposição que tal interrogatório se faça sem a presença do defensor? Não consente.

Vários fundamentos conduzem a esta solução, entre os quais poderemos indicar os seguintes.

Em primeiro lugar, nas três fases da instrução que consente a nossa lei processual criminal (instrução preparatória, instrução contraditória, instrução em audiência de julgamento) a presença do defensor é sempre obrigatória.

Essa obrigatoriedade constitui um meio de defesa, e como meio de defesa nunca pode arredar-se.

A lei, aliás, é bem precisa neste ponto, como resulta das disposições dos arts. 244, § e 94, n. 4, entre outros, do C. P. Penal, e art. 49 do dec.-lei 35 007.

Em segundo lugar, a presença do defensor ao interrogatório nunca pode considerar-se incompatível com o êxito ou finalidade dele, pois a assistência do advogado só pode limitar-se à fiscalização do cumprimento do art. 281 do C. P. Penal, sendo certo, por isso, que a incompatibilidade com o êxito do interrogatório, no que se refere à presença do advogado, só poderia dar-se na mesma medida da presença do próprio arguido.

Em terceiro lugar, a admitir-se que aquela disposição do dec.-lei 35 007 permitia ao juiz denegar a faculdade da presença do advogado ao interrogatório, chegar-se-ia à conclusão de que a garantia era menor durante a instrução contraditória do que na instrução preparatória — e isso é de todo indefensável, pois a instrução contraditória é uma garantia constitucional, e nesta fase, como se sabe, ela consiste, precisamente, em fazer intervir o juiz e dar ao arguido o mais lato poder de defesa, podendo esta pôr em crise a acusação provisória.

Ainda acrescentaremos que não nos parece de invocar para solução do problema em causa qualquer outro sistema legislativo estrangeiro, dado que o sistema português apresenta características muito especiais, e muito especialmente não devem, também segundo nosso entendimento, citar-se, em ajuda de tal solução, sistemas que só conhecem uma única instrução: a contraditória, e quanto à qual o problema nem sequer se pode levantar.

O problema da instrução criminal, que é um problema muito sério, tem sido objecto de graves preocupações quer por parte dos juristas quer por parte dos governantes (cfr., entre muitos outros trabalhos, Alec Mellor: *Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle*) e as mais fortes, dentre elas, consistem no tratamento a dar ao arguido, garantindo durante a instrução a sua defesa, e na manutenção da prisão preventiva (período desta prisão).

O sistema português, à parte certos pormenores que não afectam as grandes linhas em que se alicerça, é, sem sombra de dúvida, quanto àqueles dois pontos, dos mais perfeitos: garantia de defesa durante os períodos de instrução, aliás princípio constitucional; períodos de instrução definidos; aceleração dos termos do processo, mesmo depois da pronúncia definitiva, por determinação do Supremo

Tribunal de Justiça, sendo estas duas últimas medidas ignoradas mesmo em sistemas em que a instrução é, de início, contraditória.

Aqueles princípios, entre outros, revelam uma preocupação latente da lei de garantir a excelência da instrução, mantendo incólume o direito de defesa — o que, de resto, se passa até em audiência de julgamento, como é prova cabal o disposto no § 1.º do art. 425 do C. P. Penal.

É isto, precisamente, que não se deve esquecer quando se trata de aplicar a lei. Portanto, se dúvidas houvesse, que não há, quanto à aplicação ao período da instrução preparatória do disposto no art. 244 do C. P. Penal, deviam elas ser resolvidas tendo em consideração os princípios que se deixaram apontados e ainda tudo o que se expôs no acórdão deste Tribunal de 30 de Junho do ano corrente, já citado, onde se demonstrou que o dec.-lei 35 007 não revogou aquela disposição do Código do Processo Penal, antes toda a orientação nele seguida se harmonisa, perfeitamente com o comando de tal disposição.

Conclusão: o recurso é mal fundado.

Assim, por tudo o que vem de ser exposto e ainda pelos fundamentos constantes do lúcido acórdão impugnado, acordam, em conferência, na secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça em negar-lhe provimento.

Não é devido imposto de justiça.

Lisboa, 9 de Dezembro de 1971. — *Adriano Vera Jardim; António Pedro Sameiro; Alberto Nogueira.*