

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 1596/2007-5

Relator: VIEIRA LAMIM

Sessão: 20 Março 2007

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

DEFENSOR

SUBSTITUIÇÃO

NULIDADE

Sumário

I - Em relação aos actos em que é obrigatória a assistência de defensor (art.64, nº1, do CPP), tendo o arguido constituído mandatário judicial, é obrigatória a notificação deste.

II - Não tendo sido notificado o mandatário do arguido, não existe fundamento para a sua substituição ao abrigo do art. 67.º, n.º 1, do CPP, que pressupõe a notificação do faltoso.

III - Nessas circunstâncias, realizando-se o acto sem a presença do mandatário constituído pelo arguido, com nomeação para esse acto de outro defensor, sem que o arguido tenha dado a sua concordância expressa a essa nomeação, deve considerar-se que o acto realizou-se sem a presença do defensor do arguido, o que integra a nulidade insanável da alínea c), do art. 119.º, do CPP.

Texto Integral

Acordam, em conferência, no Tribunal da Relação de Lisboa:

Iº 1. Nos autos de inquérito nº753/06.2JFLSB, do 2º Juízo do T.I.C. de Lisboa, em que são arguidos, P... e outro, na sequência de requerimento dos arguidos, invocando a nulidade dos interrogatórios ocorridos no mês de Nov.06, na Polícia Judiciária, por falta de notificação e presença do seu advogado constituído, foi proferido despacho, com o seguinte teor:

“ ...

Requerimento de fls. 951:

Mediante o mesmo vieram os arguidos P... e Q..., invocar nulidade insanável

dos interrogatórios a que foram submetidos no decurso do mês de Novembro na 4ª Brigada da SCICAT da Polícia Judiciária, alegando grave ofensa aos seus direitos de defesa, já que os mandatários por si constituídos não foram notificados de tal diligência, não tendo assim sido assistidos pelo seu defensor. O Ministério Público pronunciando sobre o requerido, renovou a posição já assumida a fls.897.

Efectivamente, tendo os arguidos mandatário constituído à data dos referidos interrogatórios deveria este ter sido notificado de tal diligência. Todavia, contrariamente ao pretendido, tal não consubstancia uma nulidade das taxativamente previstas na lei processual penal, mas tão-somente uma mera irregularidade, que deveria ter sido suscitada no próprio acto, o que não sucedeu (art.123, do Código de Processo Penal).

Por outro lado, não se vislumbra qualquer violação dos direitos de defesa dos arguidos, designadamente os invocados no requerimento em análise, porquanto os interrogatórios em causa foram efectuados na presença de defensor, em conformidade com o imposto pelo art.61, al.e) do Código de Processo Penal, tendo os arguidos sido acompanhados e assistidos pelo defensor presente, como bem notam no seu requerimento.

Em conformidade com o exposto, indefere-se a requerida declaração de nulidade dos referidos interrogatórios.

....”.

2. Desta decisão recorre, o arguido P..., tendo apresentado motivações, das quais extraiu as seguintes conclusões (que se transcrevem):

2.1 O despacho de fls. 967 indeferiu o requerimento apresentado pelos ora recorrentes, onde estes nos termos do art.119, al. c) do C.P.P. invocam a nulidade insanável dos interrogatórios a que foram submetidos no decurso do mês de Novembro na 4ª Brigada da SCICAT da Polícia Judiciária, pelo facto dos seus mandatários legalmente constituídos se encontrarem ausentes de tal diligência, uma vez que dela não foram notificados, quando a lei exige a sua comparência (art. 64 nº1 al. c) do C.P.P.).

2.2 Lê-se no despacho recorrido que "*efectivamente, tendo os arguidos mandatário constituído à data dos referidos interrogatórios deveria este ter sido notificado de tal diligência*" (...) *tal não consubstancia uma nulidade das taxativamente previstas na lei processual penal, mas tão somente uma irregularidade (...)*".

2.3 O tribunal "*a quo*", porque bem sabe não lhe assistir razão, não fundamenta a sua posição conforme está obrigado nos termos do art.97, nº4 do C.P.P., bastando-se com "*não consubstancia uma nulidade (...), mas tão somente uma irregularidade (...)*".

2.4 Tal despacho é manifestamente escasso, e a ausência de fundamentação

seria *de per si* suficiente para se suscitar a nulidade do mesmo nos termos supra referidos.

2.5 Em 28 de Setembro do ano transacto, no exercício do direito consignado no art.61, nº1 al. d) do C.P.P., os arguidos requereram a junção de procuração forense que previamente outorgaram à Sociedade de Advogados - João Nabais & Associados - e seus sócios e colaboradores, que desde tal data, tem vindo a assumir integral patrocínio dos ora recorrentes, facto esse conhecido do tribunal "*a quo*", que o assume claramente no despacho recorrido.

2.6 Com a constituição de defensor, que pode ocorrer a todo o tempo (art.62, nº1 do C.P.P.), cessa de imediato o patrocínio oficioso (defensor nomeado) nos termos do art.62, nº2 do C.P.P.

2.7 Dispõe o art.66, nº4 do C.P.P. que "*enquanto não for substituído, o defensor nomeado para um acto mantém-se para os actos subsequentes ao processo*" - o que, a partir de 28 de Setembro de 2006, deixou de ser o caso na medida em que os arguidos constituíram mandatário.

2.8 No decurso do mês de Novembro, foram os arguidos notificados para comparecerem na 4ª Brigada da SCICAT da Polícia Judiciária para prestarem declarações, sendo imprescindível a presença do defensor, nos termos do disposto na al.c) do nº1 do art.64, do C.P.P., por serem os arguidos desconhecedores da língua portuguesa.

2.9 A verdade é que os mandatários legalmente constituídos não foram notificados da referida diligência e teriam obrigatoriamente de ter sido, uma vez que, a assistência por defensor é imperativo legal.

2.10 Os arguidos, ora recorrentes, foram ouvidos acompanhados do advogado que havia assumido a defesa oficiosa destes em sede de primeiro interrogatório de arguido detido.

2.11 Ora, se o patrocínio oficioso havia cessado automaticamente pela constituição dos mandatários escolhidos pelos arguidos nos termos do art. 62, nº2 do C.P.P., a assistência do defensor nomeado é para todos os efeitos inexistente, porquanto o advogado que os acompanhou não é seu defensor, nem o podia ser mesmo que quisesse.

2.12 Na referida diligência de interrogatório dos arguidos levada a cabo pela P.J. estavam presentes, para além destes, o inspector que lavrou os autos e um advogado, não se sabe bem a fazer o quê, na medida em que não podia assistir os ora recorrentes na qualidade de defensor, a não ser que obtivesse dos

mesmos uma procuração, constituindo-se assim também ele mandatário nos autos, o que não foi o caso.

2.13 Assim, ter-se-á forçosamente de concluir que os arguidos foram ouvidos na ausência do seu defensor.

2.14 Outra qualquer interpretação é inadmissível e desconforme a Nossa Lei Fundamental, razão pela qual, a lei processual penal comina com sanção máxima, nulidade insanável ou absoluta nos termos do art.119, al.c) do C.P.P. a ausência do arguido ou do seu defensor nos actos em que seja exigida a sua comparência.

2.15 A interpretação que tribunal "*a quo*" faz do art.61, nº1 al.d) do C.P.P., quer da al.e) do mesmo artigo e diploma, é inconstitucional por violação do art.32, nº1 e 3 da C.R.P., porquanto, considera ser suficiente que nos actos em que a lei obrigue o arguido a ser assistido pelo defensor, aquele se faça acompanhar de um qualquer advogado, mesmo que tenha mandatário constituído nos autos.

2.16 Inconstitucionalidade que aqui se invoca para todos os efeitos legais.

2.17 Mais: o tribunal "*a quo*" com o despacho recorrido desconsidera o papel do Advogado na Administração da Justiça, na medida em que, é esvazia de sentido toda a densidade ou ressonância normativa quer do preceito constitucional, quer do preceito ordinário supra referidos, uma vez que inexistente qualquer responsabilidade directa na condução efectiva e dinâmica do processo.

2.18. Imagine-se que a falta de notificação ao mandatário dos ora recorrentes ocorria, não para estes prestarem declarações na P.J., mas para a audiência de discussão e julgamento, fazendo com que o mandatário constituído não comparecesse.

2.19 Segundo a jurisprudência singular do tribunal recorrido, seria nomeado um defensor que se encontrasse de escala para o acto e, em coerência, tal omissão tratar-se-ia de uma mera irregularidade!

2.20. É manifesto que tal solução é inaceitável desde logo por ser à lei.

2.21 Na verdade, quer num caso, quer noutro, estamos sempre perante *errares in procedendo*, isto é, sobre a actividade do processo e não *errares in judicando*, ou seja sobre a questão de mérito.

2.22 Pelo que, a invalidade de ambos no que respeita as imperfeições formais dos actos é a mesmíssima e é cominada com nulidade insanável nos termos do art.119º alo c) do C.P.P.

2.23 A lei processual penal é taxativa no concernente ao regime de invalidades, tipificando tal omissão com a sanção máxima - nulidade insanável - nos termos do art.119, al.c) do C.P.P., na medida em que não se encontram salvaguardados os direitos e garantias de defesa dos arguidos.

2.24 A nulidade invocada pelos arguidos ao não ter sido deferida pelo Mmo. JIC colocou em crise as garantias de defesa dos arguidos, uma vez que estes têm o direito de se acompanhar do defensor por eles escolhido.

2.25. Ao não se entender assim está o tribunal "*a quo*" a violar também o

plasmado no art.32, nº1 da C.R.P, inconstitucionalidade supra invocada.

2.26 Assim, os interrogatórios a que os ora recorrentes foram submetidos estão feridos de nulidade insanável nos termos do art.119, al.c) do C.P.P. por terem sido os mesmos submetidos a interrogatório sem a presença do seu defensor já constituído.

3. Admitido o recurso, a subir imediatamente, em separado e com efeito suspensivo, o Ministério Público respondeu, concluindo (transcrição):

3.1 Nos termos do disposto no art.64, nº1, alínea c), do CPP, é obrigatória a assistência de defensor em qualquer acto processual, nos casos aí previstos.

3.2 De acordo com o art.119, alínea c), do CPP, constitui nulidade insanável a ausência do defensor nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência.

3.3 Por sua vez, o art.61, nº1, alínea e), do CPP, dispõe que o arguido goza do direito de ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar.

3.4 Nos autos as diligências de interrogatório foram realizadas na presença de defensor, apesar de não se tratar do mandatário dos arguidos.

3.5 Não se verificou qualquer nulidade processual.

3.6 Caso se entendesse ter-se verificado a prática de uma irregularidade processual, a mesma deveria ter sido arguida no prazo previsto no art.123, nº1, do CPP, o que não sucedeu.

3.7 Não foi afectada a validade dos actos praticados, nada havendo a reparar ou a sanar.

3.8 Face ao exposto, entendemos que o douto despacho recorrido não violou quaisquer normas ou princípios jurídicos, sendo correctamente fundamentado nos termos legais.

Nestes termos e pelos expostos fundamentos, deverá negar-se provimento ao presente recurso e confirmar-se inteiramente o douto despacho recorrido.

4. Neste Tribunal, o Exmo. Sr. Procurador Geral Adjunto, pronunciou-se pelo provimento do recurso.

5. Colhidos os vistos legais, realizou-se conferência.

6. O objecto do recurso, tal como se mostra delimitado pelas respectivas conclusões, reconduz-se à apreciação da falta de fundamentação do despacho recorrido e nulidade do interrogatório realizado em Nov.06, na 4ª Brigada da SCICAT da Polícia Judiciária, por falta do mandatário constituído pelo arguido.

* * *

IIº 1. O recorrente P..., invoca a nulidade do despacho recorrido, por falta de fundamentação.

De acordo com o art.205, nº1, da Constituição da República Portuguesa, as

decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

Em cumprimento desse preceito constitucional, o art.374, nº2, do Código de Processo Penal, estabelece os requisitos da fundamentação da sentença, estabelecendo o art.97, nº4, do CPP, para as outras decisões, que *“os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão”*.

No caso, do despacho recorrido invoca o facto do arguido ter sido assistido no interrogatório por defensor e não ter suscitado no próprio acto a irregularidade decorrente de não ter sido notificado o mandatário constituído, citando os arts.61, nº1, al.e, e 123, do CPP, assim enunciando os motivos de facto e de direito da decisão, o que é suficiente para se considerar cumprido o exigido pelo citado art.97, nº4, do CPP.

2. O art.32, nº3, da Constituição da República Portuguesa, concede ao arguido o direito à escolha de defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, remetendo para a legislação ordinária a especificação dos casos em que a assistência por advogado é obrigatória, princípio que tem correspondência no art.6, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O art.64, nº1, do Código de Processo Penal, enuncia os casos em que é obrigatória a assistência de defensor, entre eles *“em qualquer acto processual, sempre que o arguido for ... desconhecedor da língua portuguesa ...”* (al.c).

A justificação para esta exigência reside no facto da defesa pessoal do arguido se presumir diminuída pelo desconhecimento da língua portuguesa, por isso sendo maior a necessidade de assistência técnica, o que não é questionado em relação ao caso em apreço, já que os intervenientes processuais aceitam que o recorrente encontra-se nessa situação.

Por outro lado, o art.61, do CPP, na perspectiva de serem asseguradas ao arguido todas as garantias de defesa, estabelece os direitos e deveres do arguido, entre eles os direitos de *“escolher defensor...”* (al.d) e *“ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar...”* (al.e), consagrando o art.62, nº1, do CPP, o direito do arguido constituir advogado em qualquer altura do processo.

No exercício desse direito, o recorrente juntou ao processo, em 29Set.06, procuração forense a favor da Sociedade de Advogados- João Nabais & Associados- e seus sócios e colaboradores, o que determinou a imediata cessação de funções do defensor antes nomeado (nº2, do citado art.62, do CPP e art.43, nº1, da Lei nº34/04, de 29Julho).

Contudo, tendo sido designada data para interrogatório ao arguido, não foi aquela sociedade de advogados notificada, realizando-se essa diligência em 13Nov.06, sem a presença do advogado constituído pelo recorrente.

Aquela notificação à Sociedade de Advogados, impunha-se como forma de comunicar a realização do acto em que teria de participar, notificação que devia ter sido realizada oficiosamente (arts.111, nºs1, al.b e 2, do CPP).

Apesar da omissão dessa notificação e da falta do mandatário constituído, a diligência realizou-se, com a presença de advogado nomeado para o acto, que apesar de já ter sido defensor do arguido neste processo, não tinha então essa qualidade, pois cessara essas funções em Set.06, com a junção da referida procuração.

Tendo o arguido invocado a nulidade do interrogatório realizado nas mencionadas circunstâncias, entendeu o despacho recorrido que aquela falta de notificação constituiu mera irregularidade, sanada, por não ter sido suscitada no próprio acto, considerando, ainda, que tendo os interrogatórios sido efectuados na presença de advogado, não houve violação dos direitos de defesa.

O que está em causa, porém, não é apenas a falta de notificação, mas antes a realização do interrogatório sem a presença do defensor constituído pelo arguido.

É indiscutível que, quando foi marcada e se realizou a diligência em causa, só a Sociedade de Advogados- João Nabais & Associados- e seus sócios e colaboradores, tinha a qualidade de defensor do arguido, com o estatuto definido pelos arts.62 e 63, do CPP.

Não tendo essa sociedade sido notificada, a falta do defensor do arguido não justificava a sua substituição por outro, ao abrigo do nº1, do art.67, do CPP, o que só poderia acontecer caso o faltoso estivesse devidamente notificado.

De facto, compreende-se que a substituição do defensor do arguido não seja um acto arbitrário do tribunal, pois para além da relação de confiança entre arguido e defensor, o exercício dos direitos de defesa pressupõe preparação e reflexão que, em muitos casos, não se compadece com uma intervenção surpresa por parte de um advogado.

Por outro lado, tendo o arguido direito a escolher defensor (art.61, nº1, al.d, do CPP) e tendo-o feito através de junção de procuração ao processo, ao ser

submetido a interrogatório sem que o mesmo tenha sido convocado e com a presença de advogado que não escolheu e a cuja presença não deu a sua concordância expressa, está a ser posto em causa aquele direito de escolha e, principalmente, as suas garantias de defesa.

Na verdade, como refere o Prof. Jorge Miranda **(1)**, em anotação ao art.32, nº1, da Constituição “*o preceito deve ser interpretado à luz do denominado processo equitativo, na designação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou do due process of law, na fórmula da jurisprudência norte-americana, envolvendo como aspectos fundamentais a consideração do arguido, como sujeito processual a quem devem ser asseguradas todas as possibilidades de contrariar a acusação, a independência e imparcialidade do juiz ou tribunal e a lealdade do procedimento. Os direitos a uma ampla e efectiva defesa não respeitam apenas à decisão final, mas a todas as que impliquem restrições de direitos ou possam condicionar a solução definitiva do caso*”.

Ora, a simples presença física de um advogado em acto processual, embora podendo ser vista como uma garantia formal dos direitos de defesa, não garante, só por si, uma verdadeira e efectiva defesa, direito de todos os arguidos e que o recorrente procurou exercer, constituindo mandatário, para que o acompanhasse no desenrolar do processo e na definição duma estratégia de defesa, o que só podia ser alcançado com a notificação àquele mandatário de todos os actos do processo, nomeadamente para que o arguido pudesse estar por ele acompanhado nos diversos actos processuais, o que não aconteceu no interrogatório em causa.

A figura do defensor não pode ser vista como uma entidade menor no sistema, que seja indiferente ser desempenhada por uma pessoa, ou por outra, e cuja função se considere assegurada pela simples presença de um advogado, qualquer que ele seja, mesmo sem qualquer conhecimento da evolução do processo concreto e da estratégia de defesa do arguido. Como sublinha o Prof. Germano Marques da Silva **(2)**, “*o defensor é um elemento essencial à administração da justiça (art.208, da CRP e art.114, da LOFTJ), um verdadeiro órgão de administração da justiça... pretende significar-se que o defensor exerce também uma função pública, no interesse geral, que ultrapassa o interesse particular do arguido.... é do interesse da justiça que a defesa seja eficaz é por isso que a acusação é exercida por um órgão tecnicamente qualificado, importa que a defesa o seja também*” **(3)**.

Apesar disso, razões de celeridade processual justificam que a lei processual admita a substituição do defensor. Contudo, não podendo essa celeridade verificar-se à custa das garantias de defesa, a substituição só é possível, como se referiu, nas hipóteses previstas no citado art.67, quando o defensor “...*não comparecer, se ausentar antes de terminado ou recusar ou abandonar a defesa*”, o que pressupõe esteja notificado.

Concluindo, tendo o arguido constituído mandatário, só este pode ser considerado seu defensor e não tendo o mesmo sido notificado, não existia fundamento para a sua substituição, razão por que a realização do acto, apesar de ter ocorrido com a presença de outro advogado, deve considerar-se como tendo sido realizado com ausência do defensor, o que constitui nulidade insanável prevista na alínea c, do art.119, do CPP., dado tratar-se de caso em que a assistência do defensor era obrigatória

Aliás, não deixaria de ser incompreensível fazer recair sobre o arguido o ónus de suscitar no próprio acto o vício da falta do seu defensor, como defende o despacho recorrido, quando a própria lei reconhece que ele se encontra numa posição de inferioridade pelo desconhecimento da língua em que é praticado o acto.

* * *

IIIº DECISÃO:

Pelo exposto, os juizes do Tribunal da Relação de Lisboa, após conferência, acordam em anular o interrogatório do arguido P..., realizado no dia 13Nov.06, sem presença do seu defensor constituído.

Sem tributação.

Lisboa, 20/03/07

(Relator: Vieira Lamim)

(1º Adjunto: Ricardo Cardoso)

(2º Adjunto: Filipa Macedo)

1.-Constituição Portuguesa Anotada, 2005, vol.I, pág.354.

2.-Curso de Processo Penal, Verbo, I, pág.310.

3.-O mesmo decorre do Estatuto da Ordem dos Advogados (Dec. Lei nº84/84, de 16Mar.), ao considerar o advogado *um servidor da justiça e do direito* (art.76), enumerando os deveres do advogado para com a comunidade (art.79).