

Proc. n.º E-42/98

Assunto: Nomeação de defensor oficioso em processo penal - Juíz - Ministério Público - Polícia Judiciária

Relator: Dr. Alberto Luís

Emissão: 12 de Novembro de 1998

Aprovação: 11 de Dezembro de 1998

A disciplina normativa das nomeações oficiosas no processo penal

Parecer

O Conselho Distrital ... solicita o parecer do Conselho Geral sobre a forma como deve ser entendida a disciplina normativa das nomeações de defensores oficiosos pelo juíz e outras autoridades judiciais, no processo penal. Adianta o Consulente a opinião de que "tais nomeações terão que ser efectuadas sob indicação da Ordem dos Advogados, sendo incorrecta a nomeação directa efectuada actualmente pelo Ministério Público, pela G.N.R., Polícia Judiciária, etc."

É de toda a pertinência a questão levantada, visto ser estranha à missão do juíz e às funções contrapostas do M.P. e demais autoridades intervenientes na acção criminal decidir sobre a escolha do defensor, impondo-o ao arguido que de defensor se encontre desmunido.

O princípio geral nesta matéria, que se encontra constitucionalmente expresso no art. 32º, nº. 3, é o da liberdade de escolha de defensor: o arguido pode constituir advogado em qualquer altura do processo (art. 62º, 1 CPP). Se o não fizer, e nos casos em que for obrigatória a assistência do defensor, o juíz nomeia advogado ou advogado estagiário ao arguido. Mais: excepcionalmente, em caso de urgência e não sendo possível nomear advogado ou advogado estagiário, poderá ser nomeada pessoa idónea.

Estamos perante um exemplo de grosseira infelicidade na redacção da lei, que dura desde o Código de Processo Penal de 1929: "Na falta de advogado, o juíz nomeará pessoa idónea" (art. 22º, § 2º). Humoristicamente, está insito na lei que o advogado não é pessoa idónea. Em vão o Prof. Figueiredo Dias, numa obra publicada em 1981, se insurgiu contra a nomeação de "pessoa idónea" como defensor, "solução que só serve para revestir de farisaica capa de juridicidade uma situação que pode surgir em concreto como enormemente injusta e lesiva dos mais elementares direitos de defesa do arguido" ("Direito Processual Penal"), 1º vol., p. 480).

A nomeação de "pessoa idónea" subverte por completo a função defensiva na dinâmica do processo, a qual se caracteriza e não pode deixar de ser exercida como defesa técnica. E a defesa técnica (complementar da autodefesa) exige uma particular qualificação que só o advogado possui, e por isso só ele está apto a cumprir a actividade indicada como expressão do chamado "direito de defesa".

A falta de advogado, que em 1929 era fenómeno plausível, não é hoje hipótese determinante que autorize a persistência da solução legal.

A defesa técnica é, pois, ou deve ser, uma garantia do ordenamento, e por isso a defesa por nomeação que resulte em mera fachada deve ser banida da lei, onde cada vez mais se instala, sem reacção, o modelo inquisitório.

O instituto do defensor nomeado deve, por conseguinte, ser motivo de meditação.

Em primeiro lugar, a Ordem dos Advogados é a única instituição vocacionada, por natureza, para nomear ou indicar o advogado que assegure a efectividade da defesa oficiosa. Assim se passam as coisas no processo civil (art. 43º CPC), embora subsidiariamente se consagre a nomeação pelo juíz "nos casos de urgência ou quando a entidade competente a não faça dentro de 10 dias" (art. 44º, nº. 2).

No entanto, a nomeação feita pelo juíz, pelo magistrado do M.P. ou por autoridade de polícia criminal não autoriza a pensar que a função defensiva pode ser delegada, neste aspecto, ao juíz ou às partes contrapostas que encarnam a função acusatória.

Nesta orientação, o novo Código de Processo Penal italiano (reforma de 1988) subtrai a designação dos defensores a toda e qualquer escolha discricionária da autoridade de onde ela procede.

Assim, o art. 79º, nº. 2º estabelece que o conselho da ordem forense, a fim de garantir a efectividade da defesa oficiosa, prepara de antemão os elencos dos defensores e, de acordo com o presidente do tribunal, fixa os critérios para a sua nomeação na base de turnos de advogados disponíveis.

Está previsto que os elencos (alfabéticos, porquanto não destinados a estabelecer nenhum critério de prioridade) de todos aqueles que, estando inscritos na Ordem, se encontrem disponíveis para assumir as funções de defensor oficioso, sejam actualizados pelo menos em cada trimestre.

Na base de tais elencos, são depois organizadas tabelas de turnos ou escalas, diárias ou semanais.

De harmonia com este sistema (que prevê desenvolvimentos de actuação cuja inteligência não deixa margem para tacanhezias temperamentais), a "nomeação" como tal é um instrumento que precede o momento em que se recorre ao defensor de ofício, de modo que nesse momento já se sabe quem é o defensor, porque o juiz, o ministério público ou a polícia judiciária não fazem outra coisa senão prover à individualização do defensor.

Em síntese, o sistema italiano articula-se deste modo:

a nomeação é preventiva e compete ao conselho da Ordem forense, quer pela formação de elencos e tabelas, quer pela fixação de critérios de individualização dentro da tabela;

a individualização é levada a cabo pela autoridade de que procede (juiz, ministério público, polícia judiciária) e consiste num acto de mero reconhecimento da pessoa que já se encontra nomeada segundo o processo da al. a);

a designação, a que se recorre apenas por via subsidiária (quando não é possível a individualização, por falta ou inadequação das tabelas), é levada a cabo pela autoridade judiciária através de uma escolha (esta necessariamente discricionária) dentro dos elencos dos profissionais inscritos.

Repare-se que na Itália não existe o pingente da "pessoa idónea". Advogados existem cada vez mais, e só eles estão habilitados a fazer a defesa técnica, única que reveste a defesa de dignidade e eficiência.

Estas considerações de carácter descritivo valem para Portugal, onde, por um lado, não faltam advogados e advogados estagiários, e, por outro lado, a lei processual penal não atribui às autoridades judiciárias competência discricionária de nomear defensores nem à toa nem paternalisticamente, socorrendo-se de ciência infusa, de conhecimentos pessoais ou de listas telefónicas desactualizadas e inautênticas.

É do conhecimento de muitos que, para a assistência ao primeiro interrogatório de arguido detido ou para a audiência em processo sumário ou outras diligências urgentes previstas no CPP, a nomeação recai em defensor escolhido independentemente da indicação pelo Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, prevista no art. 43º do Decreto-Lei nº. 387-B/87, de 29.12 (Lei do Regime Geral do Apoio Judiciário).

Contudo, a Ordem dos Advogados pode, para efeitos destas nomeações, organizar escalas de presenças de advogados ou advogados estagiários, comunicando-as aos tribunais.

Mas também é sabido, e mal, que tudo isto funciona através de mecanismos empíricos, desde pedidos de nomes feitos por meio de fax em caso de urgência, pelos juizes e pelo MP, até à transmissão de escalas de defensores ao Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto e Turnos, mensalmente feita, por exemplo, pelo Conselho Distrital do Porto.

Estes mecanismos empíricos, fruto da colaboração de boas vontades, não passam de soluções autogestionárias que vão até ao ponto de se pensar agora em criar uma "linha verde" para as nomeações, sem qualquer espécie de legitimação normativa.

Porém, a Ordem dos Advogados pode e deve ser chamada a integrar, a dignificar e a tornar respeitável um sistema legal de nomeações dos defensores oficiosos.

Por isso, respondendo à consulta, sou de parecer que deve a Ordem iniciar contactos com o Ministério da Justiça no sentido de se regulamentar por diploma legislativo o instituto do defensor nomeado, reconhecendo-se, duma vez para sempre, que o advogado defensor pertence à família espiritual e sociológica da Ordem, e não à família dos juízes e dos contrapostos acusadores.

À sessão.

12 de Novembro de 1998

Aprovado em sessão do Conselho Geral de 11.12.98