

INTERROGATÓRIO DE ARGUIDO PRIVADO DA SUA LIBERDADE SEM A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO(*)

Por Manuel Monteiro Guedes Valente(**)

O arguido⁽¹⁾ é um sujeito processual detentor de direitos e deveres. O arguido não é, hoje, um objeto do processo-crime⁽²⁾. É esta a matriz dos Estados constitucionais democráticos em que a pessoa humana é e deve sempre ser tratada como um ator ativo — com capacidade de pensamento, de decisão e de influência no andamento do processo-crime de que é sujeito processual —, própria de uma estrutura acusatória do processo penal.

O art. 32.º da Constituição da República Portuguesa consagra as garantias processuais penais que, como já decidira o Tribunal Constitucional⁽³⁾, se estendem ao processo civil, em especial no que respeita às provas

(*) Ao longo do texto procedemos a referências legislativas do Brasil — v. g., Constituição Federal e o Código de Processo Penal — e, sempre que nos referirmos aos mesmos, faremos a devida referência ao Brasil. Nos demais casos e respetivas siglas a acrónimos, queremos-nos referir à legislação de Portugal.

(**) Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Advogado e Jurisconsulto. Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Professor do Programa de Mestrado e Doutoramento da PUC-RS. Professor Convidado da ESP/ANP-PF. Consultor da Feldens.Madruga — Sociedade de Advogados.

(1) Qualidade processual daquele que é suspeito da prática de um crime, sendo designado no Brasil de denunciado, acusado ou réu.

(2) O arguido é sujeito processual e, em alguns momentos do *iter processualis*, pode ser meio de prova — quando presta declarações, quando é submetido a exames corporais ou a perícias médico legais —, mas não é objeto do processo-crime [FIGUEIREDO DIAS (2004), pp. 427-439; MARQUES DA SILVA (2013), pp. 307-311; ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), pp. 197-204; e ROXIN (2003), pp. 207-217.

(3) Cf. Ac. TC n.º 209/95, de 20 de abril, que, no âmbito da produção de prova em processo civil, defende que o direito a produzir prova em sede de processo não significa que “o direito subjetivo à prova implique a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, em qualquer tipo de processo e relativamente a qualquer objeto do litígio”. O TRL de 3 de junho 2004, Processo

inadmissíveis e não valoráveis por força do n.º 8 do mesmo comando constitucional. Uma das garantias é o direito do arguido ser defendido/assistido por advogado, sendo este um elemento essencial à administração da justiça⁽⁴⁾. Essa defesa/assistência tem de ser efetiva e não pode ser esca-moteada com a ideia de que basta a nomeação e não a sua convocação para estar presente nos atos em que a sua presença/assistência é obrigatória.

As frequentes detenções efetuadas pela polícia criminal⁽⁵⁾ no seu trabalho de prevenção criminal sem sentido estrito, missão constitucional da polícia⁽⁶⁾, promovem a privação da liberdade do(s) visado(s). Essa privação da liberdade — privação do *ius ambulandi* —, mesmo que seja para identificação⁽⁷⁾, não fica isenta de garantias de defesa constitucionais processuais penais, como a assistência de advogado. Toda a privação da liberdade é credora de defesa/assistência de advogado, por força da interpretação conjunta do art. 32.º, n.º 3 da CRP e do art. 64.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP.

Este é o momento em que muito do que é recolhido e conservado pela polícia criminal é vertido no processo-crime como admissível e de futuro

n.º 1107/2004-6, afastou a utilização de uma gravação vídeo reputante de adultério, gravada ilicitamente, como prova, a mais que a admissibilidade de provas atendíveis [art. 413.º do CPC] e o princípio da colaboração provatória ou a cooperação para a descoberta da verdade [art. 417.º do CPC] têm limites. O TRL aplicou, desta feita, o art. 32.º, n.º 8 da CRP. Na mesma linha de posição jurisprudencial, o TRP, por Acórdão de 15-04-2010, Processo n.º 10795/08.8TBVNG-A.P1 decidiu que « I — Não sendo o CPC tão claro como o C. Proc. Pen. (art. 126.º) quanto à nulidade das provas e à sua inadmissibilidade no processo civil, há-de, todavia, as suas normas conformar-se — tal como as demais de todo o nosso ordenamento jurídico — às normas e princípios constitucionais em vigor (art. 204.º da CRP), particularmente, e no que agora releva, às dos arts. 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8, da CRP. II — Por isso, a disciplina normativa deste art. 32.º, n.º 8, apesar de epigraficamente referenciada para o processo penal, tem aplicação analógica ao processo cível, sendo a interpretação por analogia possível devido a não ser excepcional a regra deste artigo, nem as suas razões justificativas (dimanadas dos direitos individualmente reconhecidos no art. 26.º, n.º 1 da mesma Constituição) serem válidas apenas para o processo penal (art. 126.º, n.º 3 do Cod. Proc. Pen.)». Já o STJ, por Acórdão de 19 de maio de 2019, Processo n.º 158/06.5TCFUN.L1.S1, decidiu admitir como prova a certidão fiscal furtada, tendo em conta a ponderação de interesses em confronto subsumida ao princípio da proporcionalidade, e por considerar que “a junção de um documento furtado não constitui, em si mesma, uma ilicitude, pelo que, por esse motivo, nada obsta à valoração em processo desse meio de prova”, a mais que essa certidão furtada se mostrava relevante para a decisão e no processo civil não vigora o princípio *fruits of poisonous tree*. O STJ olvidou que a realização da justiça, independentemente da área jurídica, tem limites e que o art. 32.º, n.º 8 da CRP se aplica ao processo civil.

⁽⁴⁾ Cf. art. 32.º, n.º 3 e art. 208.º, ambos da CRP.

⁽⁵⁾ Optamos por utilizar a expressão **polícia criminal** por considerarmos ser a que melhor integra os corpos de polícia com funções de polícia criminal — ou de polícia judiciária —, tais como as autoridades de polícia criminal, os órgãos de polícia criminal, delegados, agentes e escrivães de polícia com funções de polícia criminal/judiciária.

⁽⁶⁾ Cf. art. 272.º, n.ºs 1 e 3 da CRP. Quanto a este assunto GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010), p. 861 e VALENTE (2013 e 2017), pp. 148-157 e 170-174.

⁽⁷⁾ Cf. art. 27.º, n.º 3, alínea *g*) da CRP e art. 250.º, n.º 6 do CPP.

valorado como prova. Poder-se-á afirmar que é o momento em que o visado com a diligência processual penal [ou pré-processual] se encontra mais vulnerável pela surpresa e pela incapacidade de reação e solicitação de advogado.

Cabe, assim, aos elementos policiais o dever de pugnarem com o não apenas ler, mas explicar e influenciar o visado a estar acompanhado/a ser assistido por um advogado. Falamos, pois, de uma polícia democrática e servidora da Constituição e do povo e que se rege pelos princípios constitucionais democráticos, em especial pelos princípios da boa fé, da confiança e da lealdade⁽⁸⁾.

Esta premissa de tutela efetiva das garantias constitucionais dos visados com uma persecução criminal está também presente na Constituição Federal do Brasil quando consagra, no seu art. 5.º, inciso LXIII, que «o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe *assegurada a assistência da família e de advogado*»⁽⁹⁾. Veja-se que a pessoa presa, independentemente da modalidade da privação da liberdade [v. g., preso em flagrante delito ou preso preventivamente ou privado da liberdade em condução coercitiva] tem o direito de ser assistido por advogado; mais a Constituição Federal impõe que lhe seja **assegurada** pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público ou pelo Juiz **a assistência de advogado**. A mais que a garantia de acompanhamento de advogado é um dos axiomas centrais e nevrálgicos do devido processo legal, consagrado no art. 5.º, inciso LIV. Ou seja, o interrogatório de um arguido/réu sem a presença de defensor — advogado — viola o princípio do devido processo legal e a estrutura acusatória do processo penal.

O interrogatório de arguido pela polícia criminal, após a detenção — entenda-se, privação da liberdade — e antes da sua submissão ao crivo judiciário, e em qualquer situação, exige [por ser obrigatória] a presença de advogado, como impõe o art. 64.º, n.º 1, alínea *a*), conjugado com o art. 61.º, n.º 1 alínea *f*), ambos do CPP. Os dizeres inscritos nos autos, resquício de um Estado de polícia, de que «o arguido prescindiu de advogado» devem ser abolidos e substituídos por «o arguido encontra-se assistido por advogado»⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ No que respeita aos princípios regentes da atividade da polícia, seja de prevenção e ordem pública, seja administrativa, seja judiciária ou criminal, como *in casu*, VALENTE (2019), pp. 235-321 (272-274 e 286-292). No que respeita à submissão da ação penal, melhor da repressão criminal por parte dos operadores judiciários, à objetividade e à lealdade processual penal, sendo este uma exigência de *fair trial* persecutória, ROXIN (2000), pp. 13,101 e 108, ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), pp. 147-150, FIGUEIREDO DIAS (1996), pp. 344 e ss., MARQUES DA SILVA (2013), pp. 77-81. Cf. os arts. 272.º e 266.º, n.º 2 da CRP.

⁽⁹⁾ Itálico nosso.

⁽¹⁰⁾ É assim que os Tribunais da Relação do Porto — Acórdão de 12 de outubro de 2011, Processo n.º 1977/08.8TAVCD-A.P1 — e da Relação de Guimarães — Acórdão de 18 de dezembro

A redação dada pela reforma de 2007 afastou quaisquer dúvidas quanto à interpretação literal e restritiva dada pelos operadores judiciários à al. a) do n.º 1 do art. 64.º do CPP. Este preceito estipulava a *obrigatoriedade de assistência de defensor no primeiro interrogatório judicial de arguido detido*, cuja tramitação se processa de acordo com os arts. 141.º, ss., do CPP. Os Tribunais superiores e o Tribunal Constitucional — *v. g.*, Ac. 413/2004 — eram do entendimento de que só se impunha a obrigação de assistência — presença — de advogado quando o cidadão detido fosse presente ao Juiz de Instrução Criminal para primeiro interrogatório Judicial, com escopo de garantir uma defesa eficaz desde o início do processo-crime [e ao longo do mesmo] e dar oportunidade ao arguido de colaborar, de forma aconselhada e consciente, com a administração da justiça⁽¹¹⁾.

Mas, face à efetiva garantia de defesa consagrada nos n.ºs 1 e 3 art. 32.º da CRP e na al. c) do n.º 3 do art. 6.º da CEDH, e à própria jurisprudência do TEDH⁽¹²⁾ — de que o arguido [acusado], independentemente

de 2017, Processo n.º 143/15.6T9PTL-B.G1 — entenderam quanto ao advogado arguido, em que não pode se autodefender e tem obrigatoriamente de ser assistido por defensor nos atos obrigatórios próprios deste. Se ao próprio advogado, que é arguido num processo-crime, não é permitida a autodefesa exigindo-se legal e constitucionalmente um defensor para prática própria de atos que a lei lhe reserva [art. 61.º, n.º 1, alínea f) do CPP em respeito com o art. 32.º, n.º 3 da CRP], muito mais se impõe este raciocínio lógico-sistemático-jurídico quando o arguido é uma pessoa sem conhecimentos jurídicos.

⁽¹¹⁾ Neste mesmo sentido se pode ler MAIA GONÇALVES (2001 & 2007), pp. 210 e 184; e SILVA (2000), p. 298.

⁽¹²⁾ Cf. Acórdãos do TEDH *John Murray vs. Reino Unido* (1996), R96-I, p. 55, §66; *Averill vs. Reino Unido*, de 6 de junho de 2000, R00-VI, p. 253, §58, Processo n.º 36408/97; *Magee vs. Reino Unido*, de 6 de junho de 2000, R00-VI, p. 198, §44, Processo n.º 28135/95; *Brennan vs. Reino Unido*, de 16 de outubro de 2001, R01-X, pp. 257 e 262, §§45 e 58, Processo n.º 39846/98; *Öcalan vs. Turquia*, de 12 de maio de 2005, R05-IV, p. 92, §131, Processo n.º 46221/99. No que se refere ao caso *Brennan vs. Reino Unido*, o TEDH afirma que a assistência de advogado pode ser restringida na fase inicial, mas em casos especiais que não coloquem em causa a equidade do processo — “§45. The manner in which Article 6 §§ 1 and 3 (c) is to be applied during the preliminary investigation depends on the special features of the proceedings involved and on the circumstances of the case. In its judgment in *John Murray v. the United Kingdom* (8 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, pp. 54-55, § 63), the Court also observed that, although Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation, this right, which is not explicitly set out in the Convention, may be subject to restriction for good cause” —, assim como se admite que a restrição se possa ampliar com a presença de uma terceira pessoa quando o arguido comunica com o seu advogado, também em casos especiais e fundamentados, mas sem que o processo justo e equitativo seja colocado em causa: “§58. The Court has noted above (see paragraph 45) that Article 6 § 3 normally requires that an accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer at the initial stages of an interrogation. Furthermore, an accused’s right to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial and follows from Article 6 § 3 (c). If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective

de estar ou não privado da sua liberdade, deve ser assistido por defensor desde os interrogatórios iniciais efetuados pela polícia⁽¹³⁾, porque só esta interpretação é compaginável com o *fair trial*, com o processo equitativo e justo⁽¹⁴⁾.

Roxin e Schünemann criticam o *BGH* por, no que respeita à necessidade de assistência de advogado desde o momento em que a pessoa é detida, pressuposto básico da aplicação de uma medida de coação e medida levada a cabo pela polícia, que ao detê-la lhe deve comunicar a razão da privação da liberdade, não assumir em definitivo a posição do TEDH e da CEDH, no sentido de que, desde os interrogatórios efetuados pela polícia, o arguido deve obrigatoriamente ser assistido por um advogado⁽¹⁵⁾. Acresce que o §140, I, n.º 2 do *StPO* determina a assistência obrigatória de advogado sempre que é a uma pessoa lhe é imputada a prática de um crime⁽¹⁶⁾.

Se o arguido se encontra detido ou preso [preventivamente ou em obrigação de permanência em habitação ou a cumprir uma pena por outro processo-crime], a presença/assistência de defensor é **obrigatória**. O legislador não deu a faculdade de decidir sobre a assistência ou não de defensor; determina que a mesma é obrigatória por estar vigente e em vigor um Código de Processo Penal aprovado em tempos de Constituição democrática. Veja-se que esta obrigatoriedade se expressa também para os interrogatórios de arguido por autoridade judiciária⁽¹⁷⁾ — Juiz, Juiz de Instrução Criminal e Ministério Público —, sendo que essa exigência se mantém nos interrogatórios efetuados pela polícia criminal, sob pena de diminuirmos as garantias processuais penais.

(see S. v. Switzerland, judgment of 28 November 1991, Series A no. 220, p. 16, § 48). The importance to be attached to the confidentiality of such consultations, in particular that they should be conducted out of hearing of third persons, is illustrated by the international provisions cited above (see paragraphs 38–40). However, **the Court's case-law indicates that the right of access to a solicitor may be subject to restrictions for good cause and the question in each case is whether the restriction, in the light of the entirety of the proceedings, has deprived the accused of a fair hearing**. While it is not necessary for the applicant to prove, assuming such were possible, **that the restriction had a prejudicial effect on the course of the trial, the applicant must be able to claim to have been directly affected by the restriction in the exercise of the rights of the defence**". Consultado em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-59722>>. Negrito nosso.

(13) Neste mesmo sentido e na linha do TEDH, BARRETO (2015), p. 215 e ARANGÜENA FANEÑO (2005), pp. 395-400 (399).

(14) Como se retira de uma interpretação conjunta do art. 32.º, n.º 1 com o art. 20.º, n.º 4 da CRP.

(15) Cf. ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), p. 215.

(16) Cf. ROXIN (2000), pp. 138, ss.

(17) Cf. art. 64.º, n.º 1, alínea b) do CPP.

A garantia constitucional de assistência de defensor nos interrogatórios de arguido — réu — preso está também plasmada no art. 185.º do CPP do Brasil, no §1.º, na redação dada pela Lei n.º 11.900 de 2009. Veja-se que o §5.º do mesmo normativo estipula que deve ser garantido prévio contato e reservado entre o arguido — réu — preso e o seu advogado. Mas é no *caput* do art. 185.º do CPP do Brasil que se maximiza a aplicação da garantia constitucional da assistência obrigatória do defensor: «O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado»⁽¹⁸⁾. Se se exige a assistência do defensor — advogado — quando o arguido/réu é presente ou convocado a comparecer perante autoridade judiciária, muito mais se impõe quando essa comparência ou a privação da liberdade ocorre por decisão de polícia criminal, como se retira do art. 306.º, §1.º do mesmo diploma⁽¹⁹⁾.

Caso a polícia criminal proceda a um interrogatório de arguido, detido, mesmo que seja tão-só para identificação, em que a polícia procede a um interrogatório sem a assistência de advogado e cujo conteúdo vai integrar o corpo dos autos — conteúdo que pode ser autoincrimatório e fundante da acusação e da condenação⁽²⁰⁾ —, estamos perante uma nulidade insanável e inexistência plena do ato, cuja admissibilidade e valoração de toda a prova obtida por meio das declarações do arguido/réu, prestadas perante a polícia sem a presença de advogado, é proibida, assim como toda aquela que for obtida com fundamento no conteúdo alcançado por esse ou através desse interrogatório. Não estamos perante uma nulidade sanável, dependente de arguição.

Estamos perante uma nulidade insanável por força do art. 119.º, alínea c) do CPP, que não carece de arguição e pode ser arguida ou decidida *ex officio* a todo o tempo do *iter processualis* — corpo inicial do art. 119.º do CPP⁽²¹⁾ —, incluindo, na nossa opinião, em sede de recurso extraordinário de revisão de sentença por a decisão condenatória assentar numa

(18) Redação dada pela Lei n.º 10.792 de 1 de dezembro de 2003.

(19) Veja-se que, caso a pessoa presa não tenha advogado, exige-se a comunicação à Defensoria Pública para lhe ser nomeado um advogado que presta a assistência jurídica necessária na defesa da pessoa criminalmente perseguida. A assistência do advogado em todos os atos relevantes do arguido — réu —, como o seu interrogatório, é uma garantia constitucional que maximiza e concreciona o comando constitucional de assistência obrigatória de advogado.

(20) Neste mesmo sentido e na linha do TEDH, BARRETO (2015), p. 216. É de avocar os *casos Salduz vs. Turquia*, de 27 de novembro de 2008, §55, Processo n.º 36391/02; e *Dayanan vs. Turquia*, de 13 de outubro de 2009, §32, Processo n.º 7377/03.

(21) No mesmo sentido desta nossa posição podemos ler PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), pp. 203 e 317.

valoração de prova ferida de nulidade insanável e, por essa razão, valoração proibida. Podendo, mesmo, cogitar-se se esse interrogatório, sem a presença de advogado, que é obrigatória por estar detido⁽²²⁾, não configura um meio proibido de obtenção de prova por o arguido/réu não estar ciente do ato processual e das suas consequências jurídico-penais e, por essa razão ser fundamento de admissibilidade de recurso extraordinário de revisão de sentença — art. 449.º, n.º 1, alínea e) do CPP. Esse interrogatório gerará conteúdo probatório⁽²³⁾ — prova — que está viciado, podendo, por falta de ciência do arguido/réu, integrar o sentido de prova proibida do art. 126.º do CPP, que não pode ser valorada como fundamento condenatório⁽²⁴⁾.

Acresce que a nulidade insanável gera efeitos negativos dos atos ou diligências seguintes, por força do art. 122.º do CPP, e o conteúdo viciado desde a nascença não pode ser valorado como prova no processo⁽²⁵⁾. É de salientar que as informações obtidas num interrogatório de arguido privado da liberdade — detido ou preso — sem assistência de advogado produzem espaços futuros de investigação adequados a obter e carrear prova para o processo, que se encontra viciada por ser proibida. Neste caso não podem ser avocadas as teorias de admissibilidade de prova ilícita por nenhuma ter qualquer colhimento jurídico-operativo⁽²⁶⁾.

Mesmo que se invoque o Acórdão do STJ de 11 de fevereiro de 2010, Processo n.º 21/07.2SULSB-E.S1, quando decidiu que «mesmo as nulidades insanáveis, que a todo o tempo invalidam o ato em que foram praticadas e os atos subsequentes, ficam cobertas pelo trânsito em julgado da decisão, o que significa que, transitada em julgado a decisão, jamais podem ser invocadas ou oficiosamente conhecidas quaisquer nulidades, mesmo aquelas que a lei qualifica de insanáveis», consideramos que esta posição não afasta a possibilidade de arguição de sentença condenatória

(22) Cf. al. a) do n.º 1 do art. 64.º do CPP.

(23) Veja-se a posição dos Colendos Conselheiros do STJ português em ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR. *et al.* (2016), pp. 197-198, assim como a posição de ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), pp. 309-316.

(24) Nem devia ter sido admitida.

(25) É de salientar que o art. 573.º do CPP do Brasil prevê a mesma consequência, ou seja, «Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1.º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.»

(26) As teorias da ponderação e da necessidade investigatória e, até mesmo, da concordância prática para admissibilidade e valoração *in extremis* de prova obtida com violação da ordem jurídico-constitucional e infraconstitucional não podem servir para sanar o desconhecimento da lei e, quiçá, a não competência de persecução dos agentes do crime dentro dessa ordem jurídica.

assente em prova proibida como fundamento do recurso de revisão⁽²⁷⁾. Somos da opinião de que a prova obtida após as declarações não livres e cientes — aconselhadas pelo advogado — por parte do arguido perante os interrogatórios iniciais de arguido, em especial quando arguido detido, são suscetíveis de integrar o elenco da proibição de prova, no mínimo por o seu consentimento não integrar o consentimento esclarecido e, estando privado da liberdade — detido —, esse consentimento pode ser tudo menos livre e espontâneo.

O STJ, e bem, afirma que o trânsito em julgado faz cessar o *iter processualis* e, por essa razão, extingue o conhecimento *ex officio* da nulidade insanável e dos efeitos negativos da sua declaração por parte do Tribunal. Não afirma que a mesma não possa ser invocada como base de admissibilidade e valoração de prova proibida como pressuposto e fundamento de um recurso de revisão, uma vez que a prova obtida e colhida por força de interrogatório de arguido detido ou preso sem a presença/assistência de advogado é proibida nos termos do art. 126.º conjugado com os arts. 61.º, n.º 1, alínea f) e 64.º, n.º 1, alínea a), todos do CPP.

O trânsito em julgado carrega a dolorosa missão de garantir a segurança jurídica do caso julgado e de ser fonte real do restabelecimento da paz jurídica e social, enquanto função do Direito penal e de todo o Direito. Mas o trânsito em julgado não pode ser um entrave ao restabelecimento do Estado constitucional democrático, em que o Direito é mais negado e nefasto com uma condenação com base em violação da lei positiva e de princípios intrínsecos ao Direito das pessoas humanas do que com a absolvição de um arguido por inexistência de prova [ou impossibilidade de admitir e valorar prova viciada *ab initio*].

Interrogatório de arguido sem a presença/assistência de advogado quando o ato processual gera, melhor, impõe a assunção de uma nulidade insanável a ser oficiosamente declarada em sede de *iter processualis* até ao trânsito em julgado da decisão. Só podemos admitir que esta decisão, a que alude o STJ, é a decisão final — a sentença — sob pena de negarmos o sentido literal do art. 119.º quando determina «que devem ser oficiosamente declaradas *em qualquer fase do procedimento*», ou seja, quando detetadas e arguidas ou invocadas. O legislador foi claro e declarativo, pelo que se se entendesse serem declaradas em cada ato decisório, teria optado por prescrever «que devem ser declaradas *por fase* de procedimento» e não «em qualquer fase do procedimento».

(27) Cf. art. 449.º, n.º 1, alínea d) do CPP.

Consideramos que a tese de que a nulidade insanável, ocorrida na fase de inquérito, deve ser arguida dentro do prazo estipulado para a contestação ou para requerimento de abertura de instrução não colhe e é de todo contrária a uma interpretação declarativa da norma do art. 119.º do CPP e, por isso, parece-nos que tal interpretação normativa pode estar ferida de inconstitucionalidade material por violação das garantias constitucionais de defesa, consagradas no art. 32.º, n.º 1 da CRP, e da exigência constitucional de um processo leal, justo e equitativo, consagrada no art. 20.º, n.º 4 conjugado com o art. 32.º, n.ºs 1, 3 e 8 da CRP, e com o art. 6.º da CEDH.

Foi neste sentido e face às constantes violações do direito e garantia da assistência de advogado sempre que o arguido se encontra privado da liberdade, desde o início do processo-crime, como se podem aferir das várias decisões do TEDH e no sentido de harmonizar os direitos e as garantias processuais penais no espaço da União Europeia, que o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio da Diretiva 2013/48/UE, de 22 de outubro de 2013, **relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares**, estipularam que os Estados-membros devem assegurar aos suspeitos e acusados o acesso a um advogado, sem demora injustificada, *antes de serem interrogados pela polícia ou por qualquer outra autoridade judicial ou de aplicação da lei* [al. a) do n.º 2 do art. 3.º]; *quando uma autoridade de investigação ou outra autoridade competente leve a cabo uma diligência de investigação ou de recolha de provas* nos termos do n.º 3, alínea c)(²⁸) [al. b) do n.º 2 do art. 3.º]; e *após a privação de liberdade* [al. c) do n.º 2 do art. 3.º].

O arguido/réu tem direito e é obrigatória a assistência de advogado sempre que seja privado da liberdade e de contactar com ele antes de qualquer interrogatório sob pena de se nulificar o processo equitativo e justo e a efetividade e eficácia da defesa. A realização da justiça criminal tem limites inultrapassáveis. Caso contrário, convertemo-la em vingança.

(²⁸) Ou seja:

«Os Estados-Membros garantem que, no mínimo, o suspeito ou acusado tenha o direito a que o seu advogado esteja presente nas diligências de investigação ou de recolha de provas adiante indicadas, se tais diligências estiverem previstas na lei nacional aplicável e o suspeito ou acusado for obrigado ou autorizado a estar presente na diligência em causa:

- i) sessões de identificação,
- ii) acareações,
- iii) reconstituições da cena do crime».

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, 2010, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ARANGÜENA FANEGO, CORAL, 2005, Exigencias en Relación com el Derecho de Defensa: El Derecho a la Autodefensa, a la Defensa Técnica y a la Asistencia Jurídica Gratuita. In: Javier García Roca e Pablo Santolaya (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BARRETO, IRENEU CABRAL, 2015, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, 2010, *Constituição da República Portuguesa Anotada — II*. 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 2004, *Direito Processual Penal — Clássicos Jurídicos* — reimpressão da 1.^a ed. de 1974, Coimbra: Coimbra Editora.
- ___, 1988-9, *Direito Processual Penal*. Lições Coligidas por Maria João Antunes. Coimbra.
- ___, 1996, “Do princípio da «objectividade» ao princípio da «lealdade» do comportamento do Ministério Público no Processo Penal”. Anotação ao AC. STJ n.º 5/94, Proc. n.º 46444, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, n.º 3860, março de 1996.
- GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, 2001 e 2007, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*. 12.^a e 16.^a eds., Coimbra: Almedina.
- ROXIN, CLAUS, 2000, *Derecho Procesal Penal*. Tradução do alemão — *Strafverfahrensrech*, 25.^a ed. — de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto s. r. l., 2000.
- ROXIN, CLAUS e SCHÜNEMANN, BERND, 2019, *Derecho Procesal Penal*. Tradução do alemão — *Strafverfahrensrech*, 29.^a ed. — de Mario F. Amoretti e Dario N. Rolón, revisada por Ignacio F. Tedesco. Buenos Aires: Didot.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA, 2013 e 2015, *Curso de Processo Penal* — I e III. 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, 2013, *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e ação Penal como Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ___, 2019, *Teoria Geral do Direito Policial*, 6.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017.