CONSELHO REGIONAL DO PORTO | ADVOCACIA

Parecer

Processo	Data do documento	Relator
12/PP/2018-P	8 de novembro de 2019	Rui Teixeira e Melo

DESCRITORES

Substituição de defensor

SUMÁRIO

1. A competência para a decisão do pedido de substituição de defensor oficioso por parte do arguido em processo penal é da Ordem dos Advogados, nos termos do disposto nos artºs 32º nº1, 39º nº1, 44º nº1 da Lei 34/04 e 2º nº2 da Portaria nº 10/08 de 3/1, devendo entender-se que o artº 66º nº3 do Código de Processo Penal foi tacitamente revogado, sendo que tal decisão atento o disposto nos artºs 1º nº1 do E.OA. e 13º nº1 do C.P.A. tem que ser expressa;

2. Mesmo que se entenda que assim não aconteceu e que se mantém em vigor a norma supra citada, o advogado cuja substituição se requereu, enquanto sujeito processual, tem direito a ser ouvido sobre o pedido de substituição de defensor apresentado pelo arguido em decorrência da aplicação analógica das normas de recusa de juiz e por aplicação do princípio do contraditório, cabendo de tal decisão recurso para o Tribunal da Relação;

3. Tal audição ou a notificação para a mesma não pode ser feita na pessoa do advogado substabelecido, nos termos do disposto no artº 35º nº1 da Lei 34/04, que para tal não tem poderes;

4. O defensor oficioso substituído tem direito a ser remunerado, devendo o substituto ajustar os seus honorários com o substituído;

5. O defensor oficioso tem direito a remuneração pelas deslocações ao Estabelecimento Prisional, nos termos do ponto 8 da tabela anexa à Portaria nº 1386/04 de 10/11.

TEXTO INTEGRAL

Vem a Ilustre Colega Dra. F... B... J... pedir parecer sobre os seguintes factos:

Em 23 de Março de 2017 a Requerente foi nomeada oficiosamente pela Ordem dos Advogados para o patrocínio de um arguido no âmbito de um processo de natureza criminal, a correr termos no Juízo Central

Criminal de T... – Juiz 3, sendo que no decurso da 5ª sessão de julgamento, a Mma. Juiz Presidente do Colectivo, a requerimento do arguido, decidiu substituir a Ilustre Colega no patrocínio, sem lhe conceder o contraditório.

Coloca a final, as seguintes questões:

1. Tendo em conta que é da competência da Ordem dos Advogados proceder à nomeação e substituição dos defensores oficiosos, pode aceitar-se que, apesar disso, a Senhora Juiz tenha legitimidade para proceder à substituição do defensor oficioso? Tanto mais nos termos em que o fez, sem tão pouco aferir da justeza e veracidade dos motivos apresentados?
2. Caso não tenha o Tribunal legitimidade para o efeito, se poderá reagir através de recurso?
3. Caso se entenda ser uma decisão abusiva e ilegítima, mantém-se ou não a sua nomeação no processo?
4. Se tem direito ao pagamento de honorários e despesas com deslocações ao estabelecimento prisional?

É da competência deste Conselho Regional a emissão de parecer, nos termos do artº 54º nº 1 al. f) do EOA.

Apreciando:

Em primeiro lugar dir-se-á que se concorda com a Ilustre Colega quando afirma que a nomeação de advogado incumbe à Ordem dos Advogados.

De facto, como se diz no artº 39º nº1 da Lei 34/04, *a nomeação de defensor ao arguido, a dispensa de patrocínio e a substituição são feitas nos termos do Código de Processo Penal, do presente capítulo e da Portaria referida no nº2 do artº 45º* - cfr. o artº 39º nº1 da Lei 34/04 -, sendo que, caso não constitua advogado, o arguido no momento em que presta TIR deve emitir uma declaração relativa ao seu rendimento, património, despesa permanente do seu agregado familiar – cfr. o nº3 do artº 39º da mesma Lei.

Nessa sequência, se a secretaria concluir pela insuficiência económica do arguido deve ser-lhe nomeado defensor ou, no caso contrário, adverti-lo de que deve constituir advogado (artº 39º nº5 da mesma Lei), sendo que se o arguido não constituir advogado e for obrigatória ou considerada necessária ou conveniente a assistência por defensor, deve este ser nomeado, ficando o arguido responsável pelo pagamento do triplo no valor estabelecido nos termos do nº2 do artº 36 – cf. o nº9 do artº 39º.

Tal nomeação é efectuada pela Ordem dos Advogados, podendo ser realizada de forma totalmente automática, através de sistema electrónico gerido por esta entidade, sendo que para esse efeito as secretarias ou os serviços do Ministério Público devem solicitar a nomeação de patrono ou defensor à Ordem dos Advogados – artº 2º nº1 e 2 da Portaria 10/08 de 3 de Janeiro -, o que acontece ao presente com a instalação do SINOA.

É, portanto, da exclusiva competência da Ordem dos Advogados a nomeação de advogado.

Quanto à substituição de advogado em processo penal em curso, apesar do despacho proferido no processo e do acórdão da Relação que o coonesta, a questão não é tão linear.

O artº 66º nº3 e 4 do Código de Processo Penal quanto a esta matéria dispõe o seguinte:

Artigo 66.º

Defensor nomeado

1 - A nomeação de defensor é notificada ao arguido e ao defensor quando não estiverem presentes no acto.

2 - O defensor nomeado pode ser dispensado do patrocínio se alegar causa que o tribunal julgue justa.

3 - O tribunal pode sempre substituir o defensor nomeado, a requerimento do arguido, por causa justa.

4 - Enquanto não for substituído, o defensor nomeado para um acto mantém-se para os actos subsequentes do processo.

5 – (...)

Por sua vez a Lei 34/04 nos seus artºs 39, 42º e 44º no capítulo das disposições sobre o processo penal dispõe que:

Artigo 39.º

Nomeação de defensor

*1 - A nomeação de defensor ao arguido, a dispensa de patrocínio e **a substituição** são feitas nos termos do Código de Processo Penal, do presente capítulo e da portaria referida no n.º 2 do artigo 45.º*

(...)

Artigo 42.º

Dispensa de patrocínio

1 - O advogado nomeado defensor pode pedir dispensa de patrocínio, invocando fundamento que considere justo, em requerimento dirigido à Ordem dos Advogados.

2 - A Ordem dos Advogados aprecia e delibera sobre o pedido de dispensa de patrocínio no prazo de cinco dias.

3 - Enquanto não for substituído, o defensor nomeado para um acto mantém-se para os actos subsequentes do processo.

4 - Pode, em caso de urgência, ser nomeado outro defensor ao arguido, nos termos da portaria referida no n.º 2 do artigo 45.º

5 - (Revogado pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto.)

Artigo 44.º

Disposições aplicáveis

1 - Em tudo o que não esteja especialmente regulado no presente capítulo relativamente à concessão de protecção jurídica ao arguido em processo penal aplicam-se, com as necessárias adaptações, as disposições do capítulo anterior, com excepção do disposto nos n.os 2 e 3 do artigo 18.º, devendo o apoio judiciário ser requerido até ao termo do prazo de recurso da decisão em primeira instância.

2 – (...)

Este último artigo da Lei da Protecção Jurídica ao remeter para o capítulo anterior, faz aplicar ao processo penal a norma do artº 32º n.º 1 que refere que o beneficiário do apoio judiciário pode, **em qualquer processo**, requerer à Ordem dos Advogados a substituição do patrono nomeado, fundamentando o seu pedido.

Do supra referido ressalta que a substituição de defensor parece tanto poder ser pedida pelo arguido ao Tribunal (artº66º nº3 do Código de Processo Penal) como à Ordem dos Advogados (artºs 44º nº1 e 32º nº1 da Lei 34/04).

Mas, sendo a nomeação de advogado da competência da Ordem dos Advogados, é nosso entendimento que não incumbe ao Tribunal substituir o defensor de *motu proprio* ou a pedido do arguido.

Isto quer por razões que têm que ver com o próprio espírito do patrocínio judiciário, quer através de uma interpretação rigorosa da lei.

Quanto às primeiras, a defesa penal exige um articular da estratégia de defesa entre o advogado e o patrocinado que não se compadece com a intervenção de quem julga a causa.

Basta pensar nas hipóteses em que exista uma dissensão entre o advogado e o patrocinado que tenha que ver com a estratégia processual, entendendo o arguido, por exemplo, que deve falar sobre os factos e o advogado ter o entendimento contrário.

Se é verdade que o arguido tem direito a dirigir, por si, memoriais ao processo (art.º 98º nº1 do Código de Processo Penal), não é menos verdade que estes têm que se ater ao objecto do processo ou à salvaguarda de direitos fundamentais.

Escusado será dizer que, no exercício do patrocínio, por vezes, existem momentos de tensão entre o advogado e o patrocinado e mesmo de incompreensão por parte deste que é visado num processo crime e quer de toda a maneira defender-se, nem sempre da melhor maneira.

As mais das vezes, tais momentos de tensão têm que ver com a estratégia de defesa e com o facto de toda a prova (ou quase toda) ser produzida em julgamento, o que exige que as decisões, por vezes, tenham que ser tomadas ao minuto.

Esse circunstancialismo leva a que quem esteja acusado da prática de um crime queira intervir, quando tal se afigura inconveniente ou não é o timing adequado.

Fazer intervir decidindo o juiz da causa nestes momentos de tensão, ainda mais quando o requerimento de substituição tem que ser incorporado no processo e, como tal, poder ser ele próprio meio de prova, é processualmente inapropriado e até constitucionalmente desaconselhado, com prejuízo para as garantias de defesa do arguido e, designadamente, para a celeridade do processo.

Aliás, a jurisprudência em matéria processual penal não diverge quando defende que arguido ou assistente, mesmo que advogado, têm que estar representados por advogado.

Ora, apesar de o art.º 66º nº 3 do Código de Processo Penal prever que o Tribunal pode substituir o defensor por causa que julgue justa, tal norma deve ser considerada tacitamente revogada pelo regime do art.º 32º nº1 e 44º nº1 da Lei 34/04.

Nos termos do art.º 7º nº2 do Código Civil a revogação pode ser expressa ou, entre o mais, resultar de *"incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes",* ou seja, tácita*.*

Vejamos a história dos preceitos.

O Decreto do Ministério da Justiça n.º 572/70 de 18 de Novembro que regulava a assistência judiciária antes do DL 387-B/87 não previa o pedido de substituição de patrono ou defensor por banda do beneficiário.

O Código de Processo Penal de 1929 previa no seu artº 26º que o juiz poderia sempre substituir o defensor oficioso, a requerimento do réu por causa justificada.

O actual Código de Processo Penal manteve tal norma no seu artº 66º nº3.

No DL n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro que regulava o Acesso ao Direito foi publicado no mesmo ano do actual Código de Processo Penal, sendo que as regras relativas à substituição de defensor eram plenamente compatíveis. De facto, como supra se disse o art.º 66º do Código de Processo Penal nos seus nº2 e 3 estipula:

2 - O defensor nomeado pode ser dispensado do patrocínio se alegar causa que o tribunal julgue justa.

3 - O tribunal pode sempre substituir o defensor nomeado, a requerimento do arguido, por causa justa.

No âmbito do revogado Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro o art. 42º tinha a mesma redação do actual art.º 39º n.º 1 da Lei 34/2004, estipulando-se, portanto, que a substituição de defensor era feita nos termos do Código de Processo Penal e dos "artigos seguintes", entendendo-se como tal os artigos respeitantes ao capítulo VI que tinha como epígrafe "Disposições Especiais sobre Processo Penal".

No entanto, no capítulo VII sob a epígrafe "disposições gerais", dizia-se no art. 52º n.º 1 que o utente do apoio judiciário podia, em qualquer processo requerer a substituição de patrono nomeado, sendo que o Tribunal decidia livremente, ouvida a Ordem dos Advogados (n.º 2 do art.52º).

As disposições do Código de Processo Penal e do DL 387-B/87 eram, por isso, compatíveis, sendo sempre o Tribunal a decidir da substituição de advogado.

Revogado que foi o Decreto-Lei supra citado pelo art.56º n.º1 da Lei 30-E/2000 de 20 de Dezembro manteve-se a redação do art. 42º do DL 387-B/87 no mesmo artigo da Lei 30-E/2000, mas a norma que prevê a substituição de advogado no capítulo das "disposições gerais" passou a estipular que a decisão sobre a substituição do patrono nomeado, a requerimento do beneficiário, incumbia à Ordem dos Advogados (cfr. art. 52º n.º1 da Lei 30-E/2000).

Ora, para além de o art. 52º fazer expressa referência a patrono, menção essa que nos reporta ao Processo Civil, certo é que a disposição especial referente ao Processo Penal nos indicava como aplicável o art. 66º n.3 do Código de Processo Penal (artº 42º da Lei 30-E/00).

Sucede que, a situação se inverteu com a entrada em vigor da Lei 34/2004 de 29 de Julho porquanto mantendo-se intocado o art.39º n.º1 que diz que a substituição de defensor é feita nos termos do Código de Processo Penal, do capítulo onde tal norma se encontra inserida e da Portaria referida no artº 45º nº2 (a Portaria nº 10/08 de 3/1), a norma remissiva do art.º 44º n.º 1 remete para o capítulo anterior e, portanto, para o art.32º n.º1 da mesma Lei que diz que o pedido de substituição de patrono feito em qualquer processo é decidido pela Ordem dos Advogados.

Repare-se que a norma do art.º 52º n.º1 da Lei 30-E/2000 foi deslocada do capítulo das "disposições gerais" para a secção referente ao "procedimento" (constando agora do art.32º da Lei 34/04) e a norma remissiva do art.44º n.º 1 apenas exclui expressamente a aplicação ao processo penal do art.18º n.º 2 e 3.

Assim, deve concluir-se que se o legislador quisesse excluir do âmbito de aplicação ao processo penal o art.º 32º tê-lo-ia feito, como o fez, com o art.18º n.º 2 e 3. Portanto, chegamos à conclusão de que ou existe uma competência concorrente entre a Ordem dos Advogados e o Tribunal ou as normas do art.39º n.º 1 da Lei 34/2004 e 66º n.º3 do Código de Processo Penal, por um lado, e as disposições dos arts.44º n.º 2 e 32º n.º1 da Lei 34/2004, por outro, são incompatíveis.

É nosso entendimento, como supra se afirmou, que as normas em causa são incompatíveis e determinam a revogação do artº 66º nº3 do Código de Processo Penal, sendo certo que quer o Código de Processo Penal, quer a Lei 34/2004, promanam da Assembleia da República, órgão competente para legislar quanto à matéria.

Como diz Inocêncio Galvão Telles *in* Introdução ao Estudo do Direito, Volume I, 3ª Tiragem, 1990 pg. 904 a revogação diz-se "*tácita porque não há uma expressa vontade revogatória: o legislador não declara querer revogar certa lei; manifesta indireta ou tacitamente essa vontade através de uma disciplina jurídica que necessariamente se substitui à precedente porque é com ela inconciliável. Não podem subsistir duas leis contraditórias, e dá-se preferência à que exprime a vontade mais recente do legislador*".

Feita esta análise, ainda assim, poderíamos ser forçados a entender tendo como pano de fundo o art. 7º n.º 3 do Código Civil que sendo o Código de Processo Penal lei especial anterior não seria revogada pela lei geral (do apoio judiciário) posterior.

No entanto, este entendimento não é, também ele, linear.

Com efeito, retomando a lição de Inocêncio Galvão Telles pg. 205 " *em princípio a lei geral posterior não revoga a lei especial anterior. No entanto, em rigor, a solução depende das particularidades de cada hipótese. Se resultar inequivocamente da lei nova que o legislador teve a intenção de uniformizar os regimes jurídicos, proibindo a existência de regime ou regimes especiais, a lei geral revoga a especial. Se não se demonstrar essa particular intenção, é de entender que a lei especial fica a subsistir e que a lei nova apenas se aplica às situações por ela não compreendidas*".

Retomemos, por isso a questão que nos ocupa: a nomeação de advogado em Processo Penal incumbe à Ordem dos Advogados nos termos do art.ºs 30º, 39º n.º 1 e art. 45º n.º 2 da Lei 34/2004 e art.º 2º n.º2 da Portaria n.º 10/2008 de 3 de Janeiro.

Esta solução é atualmente inquestionável.

Quanto à substituição do advogado nomeado já se devia entender em face do art.º 52º n.º1 da Lei 30-E/2000 que esta era da incumbência da Ordem dos Advogados, pelo que ao colocar a norma remissiva do art.44º n.º1 para o capítulo onde está inserido o art.32º n.º1 da Lei 34/2004 *"o legislador teve a intenção de uniformizar os regimes jurídicos"* equiparando a situação do beneficiário que requer a substituição de patrono em processo civil com a do arguido que requer a substituição de defensor em processo penal.

No mesmo sentido que Inocêncio Galvão Telles exprime-se Vaz Serra na Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 99 pg. 334, quando afirma "*a regra, por vezes afirmada de que a lex generalis não*

revoga a lex specialis (lex posterior generalis non derrogat legi priori speciali) não seria mais, quando muito, do que uma presunção fundada em que normalmente a lei geral não quer revogar a lei especial; tratando-se, como se trataria, de uma simples presunção, não será aplicável quando se mostre que a lei geral posterior quer revogar a lei especial anterior".

"*Mas não parece sequer de estabelecer a presunção de que a lei geral não revoga a lei especial. Nada autoriza tal presunção, variável como pode ser a intenção da lei posterior*".

"*Como dizem Enneccerus – Nipperdey, "alguns fixam o princípio de que a lex especialis precede a lex generalis. Mas não cabe estabelecer uma regra fixa, nem sequer uma presunção... trata-se, antes, de um problema (com frequência muito difícil) de interpretação ou de investigação do direito que se deve resolver com base no texto, na sua conexão, na evolução histórica e na história da formação legislativa, mas especialmente também de acordo com o critério do fim da disposição questionada e do valor do resultado de uma ou outra interpretação"*

"Como problema de interpretação que é, deve ser resolvido mediante os critério gerais de interpretação das leis, nada permitindo exigir que a lei geral posterior revogue expressamente a lei geral anterior, para que esta se considere revogada."

Assim, pelas razões expostas, tendo em conta a uniformização da disciplina legislativa da substituição do advogado nomeado deve, assim, considerar-se revogada tacitamente a norma do art.66º n.º 3 do Código de Processo Penal.

Repare-se que também o artº 66º nº2 do Código de Processo Penal e o artº 42º nº1 da Lei 34/04 são contraditórios, endossando ao Tribunal e à Ordem dos Advogados concorrentemente a competência para a dispensa do patrocínio.

Quanto a estas normas, diz o Código de Processo Penal dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, pag. 173 que *"as duas normas são divergentes entre si, pelo que, nessa parte, cremos valer a solução mais recente, consagrada no artº 42º nº1 da Lei 34/04."*

Ora, idêntica ordem de razões leva-nos a considerar que o pedido de substituição de defensor deve ser decidido pela Ordem dos Advogados e que a solução que prevalece é a da Lei 34/04, porque mais recente.

Aliás, neste mesmo sentido vai Paulo Pinto de Albuquerque, in Comentário do Código de Processo Penal, 4ª edição actualizada, pag. 206, quando diz *"Segundo o CPP, o tribunal decide a dispensa de patrocínio e a substituição do defensor nomeado. Mas a disposição do nº2 do artigo em análise é incompatível com a do artº 42º nº2 da nova lei 47/2007, porque o legislador omitiu, por lapso, a conjugação do artº 66º do CPP com o novo regime resultante da Lei 47/2007. A Lei 47/2007 foi publicada antes da Lei 48/07, mas entrou em vigor depois desta. Assim, o artº 42º nº2 da Lei 47/2007 revogou o artº 66º nº2 do CPP."*

Já se acompanha apenas parcialmente aquilo que o mesmo autor diz relativamente ao pedido de

substituição de defensor, quando afirma que *"Sobre a substituição do defensor nomeado no processo penal pela secretaria, a Lei 47/2007 é omissa, mas essa competência deveria pertencer à Ordem dos Advogados, que também nomeia o defensor. Mantém-se, portanto, a competência do juiz neste tocante, por força do artº 66º nº3 do CPP".*

Na verdade, esquece este Ilustre tratadista a remissão expressa que o artº 44º nº1 da Lei 34/04 faz para o artº 32º nº1 da mesma lei.

Não se desconhece, contudo, a jurisprudência em sentido contrário à solução que se abraça, mas pelas razões supra apontadas entende-se que a substituição de defensor deve ser sempre decidida pela Ordem dos Advogados.

Com efeito, a maior parte da jurisprudência tirada quanto a esta matéria é, por um lado, anterior à Portaria nº 10/08 de 3/1 e, por outro, não questiona sequer a competência do Tribunal.

Vejamos os acórdãos mais importantes quanto a essa matéria:

1. No acórdão proferido em 11/9/17 do Tribunal da Relação de Guimarães no âmbito do Proc. nº 14/15.6 GAPTL-C.G1, não publicado, relatado por Cruz Bucho diz-se:
"Contrariamente ao que pretende a recorrente não houve qualquer revogação do disposto no artº 66º nº3 do Código de Processo Penal.
Como a jurisprudência tem repetidamente afirmado (...), uma vez nomeado defensor, o arguido não pode requerer a substituição do mesmo sem que invoque motivo que configure justa causa sendo que a substituição, da competência do juiz, tem de ser efectuada por defensor que conste das listas elaboradas pela Ordem dos Advogados."

O acórdão supra citado refere-se à aplicação das normas do artº 34º da Lei 34/04 ao processo penal, negando que tal norma se aplique ao processo penal e conclui que o artº 66º nº3 do Código de Processo Penal não se acha revogado, remetendo, contudo, para acórdãos proferidos antes da entrada em vigor da Lei 34/04 e/ou para acórdãos proferidos na redacção primitiva dessa lei.

Ora, a existência de listas de advogados nos tribunais para escolha de defensor foi, de facto, uma realidade entre a entrada em vigor da Lei 34/2004 e a sua alteração decorrente da Lei 47/2007 de 28 de Agosto. Com efeito, o artigo 40º da referida lei previa a existência de tais listas para escolha de advogado e escalas e que essas listas eram elaboradas pela Ordem dos Advogados (aliás, nessa sequência foi elaborado pelo Conselho Geral o Regulamento Interno de 1/2005 de 17 de Dezembro de 2004 que regulava a realização de tais listas). Sucede que tal norma foi revogada, sendo agora a nomeação de advogado feita pela Ordem dos Advogados por recurso à plataforma SINOA, pelo que não pode seguir-se o que se deixa exarado neste acórdão.

2. No acórdão de 4/10/07 do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. 7875/07-9ª relatado por João Carrola, publicado in www.dgsi.pt diz-se: " *A Lei 34/2004 de 29/07 veio manter aqueles princípios enformadores, mesmo na versão agora alterada pela Lei 47/2007 de 28 de Agosto. Embora o novo diploma (Lei 34/2004) reproduza na sua globalidade os princípios e disposições dos anteriores, não significa que algumas das suas disposições, no que tenham de diferente e não careçam de regulamentação, não hajam entrado em vigor.*

Precisamente do Capítulo IV constam regras especiais para o processo penal, nomeadamente o art.º39º acima transcrito, mormente por remessa para as normas do processo penal. Entendemos que esta disposição é, em primeira linha, a aplicável ao pedido de substituição, e não as do regime especifico do apoio judiciário da Lei 34/2004 de 29/07 que parece estar subjacente no despacho recorrido, sendo, por isso, de atender ao que resulta do nº 3 do art.66º do C. P. Penal para que o remete «o tribunal pode sempre substituir o defensor nomeado, a requerimento do arguido por causa justa.». Na verdade, um dos direitos do arguido plasmado no art.61º, nº1,al. d), do CPP, é a escolha do defensor ou a solicitação ao tribunal que lhe nomeie um».
Na verdade, o sistema instituído acalenta o direito de o arguido escolher um defensor personalizado para o patrocínio extra apoio judiciário, de modo completamente livre, e para o patrocínio oficioso como uma aspiração que a lei procura realizar. O que se mostra bem nítido no nº2 do citado artº 39º, quando impõe a advertência ao arguido do seu direito a escolher e constituir defensor ou a requerer a concessão de apoio judiciário (...).

Por outro lado, e como resulta da primeira norma acima citada, sempre haverá que tomar em atenção outras disposições daquele Código, que disciplinam a nomeação e substituição do defensor, nomeadamente o já referido nº3 do artº 66º do Código de Processo Penal."

Por sua vez, quanto a este acórdão faz-se apelo a uma norma que, aquando da sua prolação já se encontrava revogada.

Com efeito, o art.61º nº1 al. d) do Código de Processo Penal dispunha, na versão anterior à Lei 48/07 de 29/8, que o arguido gozava em qualquer fase do processo do direito de *Constituir advogado e escolher defensor ou solicitar ao Tribunal que lhe nomeie um,* ou seja, era o Tribunal que nomeava defensor, incumbindo à Ordem dos Advogados a mera indicação.

Com a entrada em vigor da referida Lei 48/07 de 29/8 que alterou o Código de Processo Penal que ocorreu em 15/9/07, o artigo correspondente – 61º nº1 al. e) do Código de Processo Penal – passou a prever que o arguido gozava em qualquer fase do processo do direito de *Constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor.*

Daqui decorre que a nomeação de defensor já não incumbia ao Tribunal, mas sim à Ordem dos Advogados, pelo que a argumentação deste acórdão também não é de seguir.

3. Por último, o acórdão de 6/7/05 relatado por Carlos Almeida, proferido no Proc. nº 6829/05-3ª, publicado i n www.dgsi.pt no qual se diz*: – No âmbito do processo penal, a competência para a nomeação de defensor pertence ao juiz ou, em certas situações, ao Ministério Público, mas nunca à Ordem dos Advogados.*

II – Não se tratando de um acto urgente abrangido pelo artigo 41° da Lei n.° 34/2004, de 29 de Julho, o arguido tem o direito de escolher defensor mas essa escolha está limitada aos advogados que integram as listas elaboradas nos termos do artigo 40° dessa mesma lei e do Regulamento Interno n.° 1/2005 da Ordem dos Advogados.

Este acórdão, da mesma forma, remete para a já revogada norma do artº 61º nº1 al. d) do Código de Processo Penal e do artº 40º da Lei 34/04 e ainda para o não menos revogado Regulamento Interno da Ordem dos Advogados que criava as listas de advogados para escolha de defensor, pelo que da mesma forma não é de sufragar.

Mas, independentemente da posição que se adopte relativamente à matéria supra discutida, parece-nos que a Ilustre Colega não poderia ser substituída da forma como o foi, independentemente do desacerto da decisão e da sua falta de fundamentação sobre as quais não nos debruçaremos.

Vejamos as circunstâncias concretas:

O arguido apresentou requerimento ao processo alegando que a defensora "*não tem assegurado a defesa do arguido de harmonia com os interesses, os direitos e a posição deste*", "*não reúne previamente com o arguido nem se mostra disponível para o fazer de modo a preparar eficazmente a sua defesa*", não compareceu na última sessão de julgamento e fez-se substituir por advogada que o arguido desconhecia. Termina dizendo que pretende exercer a sua defesa no julgamento solicitando a nomeação de advogado com quem possa previamente falar, uma vez que entende que não está ser defendido como devia, o que prejudica de forma grave os seus direitos de defesa.

Na sequência de ter sido endereçado tal requerimento ao processo foi proferido despacho no qual se disse: "*estando em causa julgamento em curso desde setembro, e com a próxima sessão já agendada para o dia 19 de dezembro, com caracter de urgência, remeta para a Delegação da OA para apreciação da eventual substituição da I. Defensora nomeada. Dê conhecimento do requerimento apresentado pelo arguido à sua I. Defensora*".

Em cumprimento do referido despacho foi enviado um e-mail para a Delegação de J... da Ordem dos

Advogados dando conta do despacho proferido com conhecimento também para o e-mail notificações.aj@cg.oa.pt.

Repare-se que o próprio despacho remete para a Delegação de J... da Ordem dos Advogados a *"apreciação da eventual substituição da I. Defensora nomeada",* o que demonstra que o próprio Tribunal entendia, como a deixou escrito em despacho posterior, que a competência para a decisão da substituição de defensor era da Ordem dos Advogados.
Tal despacho foi prolatado 4 dias antes da data da continuação da audiência de julgamento, sendo que no dia aprazado para a audiência de julgamento fez-se constar em ata que:

a) O despacho foi notificado à Delegação de J... da Ordem dos Advogados;

b) Em substituição da Dra. F... B... J... compareceu a Ilustre Defensora Dra. T... R... com substabelecimento outorgado por esta;

c) A Meritíssima juiz presidente ordenou que fosse contactada telefonicamente a Ordem dos Advogados com a vista à nomeação de novo defensor ao arguido T... I... V..., tendo sido nomeado pelo Sinoa a Dra. W... W...;

d) Se apresentou a Dra. W... W... que solicitou 10 minutos para conferenciar com o arguido T... I... V....

Em despacho posterior foram declaradas cessadas as funções da Ilustre colega requerente.

Em primeiro lugar constata-se que não foi dado cumprimento ao despacho proferido, uma vez que não foi notificada a requerente do requerimento apresentado pelo arguido, sendo que não está também isento de reparo o facto de ter sido enviado e-mail para a Delegação de J... e para o Conselho Geral.

Começando por este último aspeto dir-se-á que não existe comando legal no Código de Processo Penal ou na Lei do Apoio Judiciário que imponha a notificação da Ordem dos Advogados para se pronunciar quando é requerida a substituição de defensor, ao contrário do que sucedia com a legislação anterior.

No entanto, o artº 14º nº2 da Portaria nº 10/08 impõe que o juiz e o MP informem a O.A. da inobservância das regras de exercício do patrocínio ou da defesa oficiosa.

E, assim sendo, a notificação da Ordem dos Advogados deveria ser feita na pessoa do Presidente do Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados, a quem incumbe legalmente a nomeação de advogado, a decisão da dispensa de patrocínio e da escusa – artº 55º nº1 al. m) do EOA – e do Presidente do Conselho de Deontologia a quem incumbe a acção disciplinar.

No entanto, o defensor deve ser ouvido relativamente ao requerimento do arguido, tal como, quando se entenda aplicável o artº 66º nº3 do Código de Processo Penal, no processo judicial.

Isto porque, o defensor deve ser considerado um sujeito processual em processo penal.

Como diz Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, Vol. 1, 4ª edição, pag. 148 *"Sujeitos processuais são o juiz, a quem cabe o exercício da jurisdição, o Ministério Público, o arguido, o assistente e o defensor, aos quais cabe o exercício de poderes e deveres que soe conglobar-se na noção de acção, quer na forma de acusação, quer na forma de defesa."*

No mesmo sentido, Henriques Gaspar, in Código de Processo Penal Comentado, Almedina Editora, 1ª edição, 2014, pag. 222 *"Na concepção e sistematização adoptadas pelo CPP, o defensor é um sujeito processual dotado de um estatuto próprio, ao qual são reconhecidos direitos e impostos deveres. No processo penal o defensor não é, pois, um simples mandatário do arguido, mas caracteriza-se como um «órgão autónomo da administração da justiça» cuja tarefa ultrapassa o interesse subjectivo do arguido, para cumprir uma função processual que interessa à própria comunidade e que tem por "missão exclusiva" fazer avultar no processo tudo quanto seja favorável à posição jurídica do arguido."*

Dúvidas não existem que nem o artº 32º nº1 da Lei 34/04, nem o artº 66º nº3 do Código de Processo Penal determinam a obrigatoriedade de audição do defensor antes de ser tomada a decisão sobre a sua substituição.

No entanto, qualquer que fosse a solução do problema da decisão do pedido de substituição de defensor (artº 32º nº1 e 44º nº1 da Lei 34/04 ou artº 66º nº3 do Código de Processo Penal), a audição do visado sempre seria necessária.

Na verdade, entendendo-se que se aplica o artº 32º nº1 e 44º nº1 da Lei 34/04 o defensor sempre deveria ser ouvido por força do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo de nomeação de patrono a correr perante a Ordem dos Advogados.

Entendendo-se aplicável o artº 66º nº3 do Código de Processo Penal a audição do advogado decorreria da equiparação a outros sujeitos processuais por analogia ou mesmo do recurso aos princípios gerais do processo penal, designadamente do princípio do contraditório (artº 4º do Código de Processo Penal), quando se entenda aplicável o artº 66º nº3 do Código de Processo Penal.

De facto, o pedido de substituição de defensor é um incidente, tal como o é o pedido de recusa do juiz ou do procurador do processo (artºs 39º e ss e 54º do Código de Processo Penal).

Com efeito, o artº 45º nº3 do Código de Processo Penal (aplicável ao Ministério Público por via do artº 54º

nº1 do mesmo Código), impõe que o juiz se pronuncie sobre o pedido de recusa.

E compreende-se que assim seja.

De facto, um pedido de recusa de juiz, tal como um pedido de substituição de defensor não deixam de constituir um labéu lançado sobre o visado, sendo certo que a decisão sobre a substituição dos sujeitos processuais não deve ser tomada sem que estes sejam ouvidos.

Ora, apesar de o despacho ordenar que fosse notificada a Ilustre Defensora nomeada do requerimento do arguido, tal despacho, por um lado, não foi cumprido e, por outro, apenas tinham passado 4 dias sobre a notificação desse despacho, pelo que ainda não tinha decorrido o prazo geral de 10 dias para que a mesma se pronunciasse (artº 105º nº1 do Código de Processo Penal), não tendo determinado o despacho em causa qualquer outro prazo.

Assim, não tendo a Defensora nomeada sido notificada do despacho e/ou, mesmo que assim não se entendesse, não havia decorrido o prazo de pronúncia, não deveria a mesma ter sido substituída, devendo a Mma. Juíza aceitar o substabelecimento outorgado pela ainda Defensora.

O Tribunal, porém, teve outro entendimento. Invocada que foi a irregularidade decorrente da omissão da concessão do contraditório a defensora nomeada o tribunal proferiu o despacho de 15/01/2018 no qual se disse, no essencial, o seguinte:
"(...) a nomeação de defensor ao arguido, ainda que a substituição do anteriormente nomeado incumbe sempre a O.A.

É neste contexto atual que deve ser interpretado o disposto no artigo 66º nº3 do Código Processo Penal (...).

Deste modo, se duvidas não restam do direito do arguido em requerer a substituição de defensor nomeado, entende o tribunal (salvo o devido respeito por opinião contrária) que dúvidas tão pouco restam que é a O.A. que entende a apreciação do mesmo. Com efeito, dispõe o art.32º da LAJ, referindo-se as situações de proteção jurídica como a dos presentes autos que «o beneficiário do apoio judiciário pode, em qualquer processo, requerer a Ordem dos Advogados a substituição do patrono nomeado, fundamentando o seu pedido» (sublinhado e negrito nosso).
É essa a norma geral aplicada aos beneficiários do apoio judiciário à qual não se opõem qualquer das normas previstas no capítulo especial relativo ao processo penal, nomeadamente no disposto no art.39º nº1 da mesma LAJ face ao raciocínio supra expendido.

Assim sendo, entende-se que não existiu qualquer irregularidade processual, já que a nomeação de defensor em substituição do anteriormente nomeado, foi efectuada pela O.A., nos modos supra

explicitados. Sendo certo que em qualquer dos casos nunca existiu qualquer preterição do contraditório da ilustre defensora face a sua imediata notificação do despacho preferido a 15/12/2017, bem como da nomeação efectuada, aquando da sessão de audiência de discussão e julgamento (considerando-se notificada na pessoa em que se apresentou como substabelecimento por si outorgado), sendo forçoso concluir que, qualquer irregularidade a existir o que não se concede, sempre se encontraria sanado.

Ora, como se viu nem o despacho em causa foi notificado à Ilustre Defensora, nem esta se poderia considerar notificada na Ilustre Colega na qual substabeleceu.

Com efeito, o substabelecimento, nos termos do artº 35º nº1 da Lei da Protecção Jurídica é outorgado com reserva, para diligência determinada, sendo certo que tal Ilustre Colega não podia responder ao requerido, por desconhecimento dos termos em que se havia estabelecido o patrocínio, nem podia arguir a irregularidade do procedimento de substituição de defensor que desconhecia.

Por outro lado, estabelecendo-se como se estabeleceu, o paralelo por analogia entre o incidente de substituição de defensor, com o incidente de recusa de juiz, mal se entenderia que fosse algum juiz substituto do juiz recusado a pronunciar-se ou a ser notificado para se pronunciar sobre tal incidente.

A verdade é que, interposto recurso para o Tribunal da Relação do Porto, veio este Tribunal a decidir o seguinte, por acórdão de 12/9/18:

Alega a Ex.ma Advogada recorrente que o Tribunal recorrido violou a competência exclusiva da Ordem dos Advogados para a substituição de defensor, incumprindo o direito de audição da defensora a substituir.

Com tal argumentação, pressupõe a recorrente que a substituição ocorreu através do despacho judicial de 4/ 1/2018 e não por ocasião da realização da sessão da audiência de julgamento de 19/12/2017, o que se nos afigura mais do que discutível.

Com efeito, ao nomear a nova defensora através do sistema eletrónico SINOA, no dia 19/12/2017, a Ordem dos Advogados decidiu implicitamente substituir a anterior, ora recorrente.

O despacho judicial proferido a 4/1/2018 não tem, assim, natureza verdadeiramente decisória, limitando-se a constatar essa realidade nos autos.

Na verdade, compulsados os autos, resulta claramente dos mesmos e do próprio despacho recorrido que foi a Ordem dos Advogados a nomear a nova defensora oficiosa do arguido T... I... V..., na sequência de requerimento do mesmo a solicitar tal substituição, e que o despacho de 15/12/2017, que tinha determinado a remessa do requerimento apresentado para a Delegação da Ordem dos Advogados competente, "para apreciação da eventual substituição da I. Defensora nomeada", foi devidamente

notificado a si própria e comunicado à Ordem dos Advogados, tendo a nomeação efetuada sido notificada na pessoa de quem se apresentou na audiência de julgamento com substabelecimento por si outorgado (cfr. fls. 43 a 44v.º, 125 e 127).

Assim corretamente interpretados os atos praticados, nenhuma incompetência se verifica, improcedendo este fundamento do recurso.

O acórdão assim proferido enferma de vários vícios de raciocínio.

O primeiro é o de que ao nomear a nova defensora através do SINOA a Ordem dos Advogados decidiu implicitamente substituir a defensora nomeada.

Em nenhum momento se diz que a Ordem dos Advogados tenha sido notificada para decidir do pedido de substituição ou que o tenha, efectivamente, decidido. E não se diz, porque não o foi. E mesmo que se entenda que o envio do e-mail para notificações.aj@cg.oa.pt serve como notificação, sempre teria que se concluir, como acima se disse, que não foi notificado o Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados, competente para decidir do pedido de substituição de defensor, nos termos da Portaria nº 10/08 de 3/1 e do E.O.A.

Do mesmo passo, a Lei 34/2004 não fixa qualquer prazo para que a Ordem dos Advogados decida do pedido de substituição de defensor por parte do arguido, mas ainda que se entendesse que o prazo seria, por analogia o previsto para a decisão do pedido de dispensa de patrocínio constante do artº 42º nº2 da Lei 34/04 – 5 dias – e que se entendesse que tal prazo era preclusivo e determinante da substituição da Ordem dos Advogados na decisão pelo Tribunal – o que não acontece -, tal prazo nem sequer havia ainda decorrido após a notificação do Tribunal.

Acresce que, nos termos do disposto no artº 1º nº1 do Estatuto da Ordem dos Advogados esta é uma associação pública e enquanto associação pública que é está vinculada ao princípio da decisão, devendo pronunciar-se sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados e, nomeadamente, sobre os assuntos que aos interessados digam directamente respeito, bem como quaisquer petições, representações, reclamações ou queixas formuladas em defesa da Constituição, das leis ou do interesse público (artº 13º nº1 do CPA).

As decisões têm, por isso, que ser expressas.

Os Tribunais não podem escudar-se no facto de a O.A., confiadamente, lhes colocar a plataforma SINOA a funcionar para, em contravenção com a Lei e com as regras do sistema, acionar a plataforma, pedirem a nomeação de advogado e – pior do que isso – aproveitarem o facto de tal plataforma lhes dar um nome de advogado para contacto para concluírem que *"foi a Ordem dos Advogados a nomear nova defensora*

oficiosa ao arguido".

A Ilustre Colega Dra. W... W... encontrava-se de escala de prevenção, pelo que a nomeação de defensor, nestes casos, é sempre possível através da plataforma.

Não há assim qualquer decisão implícita do pedido de substituição, nem podia haver, sendo, por isso, ilegal a forma como agiu o Tribunal, decidindo o pedido de substituição de defensor.

Por outro lado, a decisão de substituição de defensor deve ser fundamentada nos termos legais (artº 97º nº5 do Código de Processo Penal), sendo passível de recurso por parte do advogado substituído (artº 399º e 401º nº1 al. d) do Código de Processo Penal), uma vez que se deve entender que o defensor é afectado pela decisão.

Neste sentido, a decisão do Vice-Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa Orlando Nascimento de 13/5/06, publicado in www.dgsi.pt na qual se diz: *Mas é também recorrível na sua qualidade/função de advogada, que o é no processo.*

Com efeito, não sendo essa função de exercício gracioso, para além do interesse público da legalidade no exercício da profissão de advogada e das condições de acesso ao tribunal para esse exercício, a reclamante tem um interesse próprio, direto, de natureza pessoal, profissional e de natureza patrimonial, para cuja defesa o art.º 401.º, n.º 1, al. d), in fine, do C. P. Penal, lhe confere legitimidade ao dispor que podem recorrer "Aqueles que ... tiverem a defender um direito afectado pela decisão", sendo também inquestionável o seu interesse em agir, a que se reporta o n.º 2, do mesmo preceito.
(...)
O interesse de natureza patrimonial reporta-se, diretamente, ao seu direito ao recebimento dos honorários relativos ao exercício da função de advogada/defensora oficiosa, que deixará de perceber se a sua substituição se mantiver, mas que receberá se a mesma for declarada ilegal pelo tribunal ad quem.

Pergunta, ainda, a Ilustre Colega se, sendo a decisão abusiva e ilegítima, se mantém ou não a sua nomeação no processo.

É nosso entendimento de que, independentemente da legitimidade do Tribunal para a prolação do despacho, este apenas pode ser alterado pela via do recurso.

A última questão relativa ao pagamento de honorários e despesas com deslocações ao estabelecimento prisional encontra resposta no artº 66º nº5 do Código de Processo Penal, tendo em conta que o defensor é sempre remunerado pela sua participação no processo e no artº 9º nº1 do Regulamento nº 330-A/08 de 24 de Junho do Conselho Geral, uma vez que a substituição de defensor deve ser equiparada à escusa, apenas

havendo que ajustar os honorários com o defensor que se achar nomeado quando transitar a decisão final.

No que diz respeito às deslocações aos Estabelecimentos Prisionais também o ponto 8 da tabela anexa à Portaria n.º 1386/2004 de 10/11 prevê o seu pagamento.

CONCLUSÕES:

1. A competência para a decisão do pedido de substituição de defensor oficioso por parte do arguido em processo penal é da Ordem dos Advogados, nos termos do disposto nos artºs 32º nº1, 39º nº1, 44º nº1 da Lei 34/04 e 2º nº2 da Portaria nº 10/08 de 3/1, devendo entender-se que o artº 66º nº3 do Código de Processo Penal foi tacitamente revogado, sendo que tal decisão atento o disposto nos artºs 1º nº1 do E.OA. e 13º nº1 do C.P.A. tem que ser expressa;

2. Mesmo que se entenda que assim não aconteceu e que se mantém em vigor a norma supra citada, o advogado cuja substituição se requereu, enquanto sujeito processual, tem direito a ser ouvido sobre o pedido de substituição de defensor apresentado pelo arguido em decorrência da aplicação analógica das normas de recusa de juiz e por aplicação do princípio do contraditório, cabendo de tal decisão recurso para o Tribunal da Relação;

3. Tal audição ou a notificação para a mesma não pode ser feita na pessoa do advogado substabelecido, nos termos do disposto no artº 35º nº1 da Lei 34/04, que para tal não tem poderes;

4. O defensor oficioso substituído tem direito a ser remunerado, devendo o substituto ajustar os seus honorários com o substituído;

5. O defensor oficioso tem direito a remuneração pelas deslocações ao Estabelecimento Prisional, nos termos do ponto 8 da tabela anexa à Portaria nº 1386/04 de 10/11.

Fonte: Direito em Dia