



PROCESSO PENAL ESPECIAL

(2009/2010)

“As (ir)regularidades em Processo Penal”

Noção e Regime

Lisboa, 17 de Maio de 2010

Miguel Calado Moura

FDUNL: 001051

ÍNDICE

Introdução; razão de ordem.....	p. 3
1. NOÇÃO	
1.1. Delimitação conceptual negativa; subsidiariedade.....	p. 4
1.2. Inserção sistemática; aplicação da teoria lógica dos conjuntos... ..	p.4
1.3. A semântica do substantivo irregularidade	p. 7
2. REGIME	
2.1. A redacção do artigo 123.º do Código de Processo Penal.....	p. 8
2.2. Considerações gerais.....	p. 8
2.3. A necessidade de arguição: equiparação às nulidades sanáveis?	p. 9
2.4. O conceito de interessado	p . 10
2.5. A relevância de afectação do acto	p. 11
2.6. Critério do conhecimento <i>vs</i> critério da recepção – “final feliz”	p. 11
2.7. A reparação oficiosa.....	p. 13
2.8. Os efeitos da declaração de invalidade.....	p. 13
2.9. Possibilidade de recurso.....	p. 14
Síntese.....	p. 14

INTRODUÇÃO

RAZÃO DE ORDEM

As irregularidades no Processo Penal estão tratadas de forma muito pouco sistematizada pela doutrina. Mesmo as obras que tratam das invalidades tendem a deixar de lado a apreciação das irregularidades processuais por se encontrarem – dizem – num patamar inferior de invalidade. Mesmo a construção de regras de carácter pretoriano sobre esta matéria não está consolidada – e está longe de estar – não obstante de se tratar de uma matéria muito técnica e processual. Foi por esta espécie de *vilipêndio jurídico-social* que decidimos tratar deste tópico que, no final, até acaba por ser muito importante a nível pragmático.

Decidimos mudar o título para “as (ir)regularidades processuais”. Dada a extrema complexidade, por vezes, em saber se o acto é regular ou irregular, decidimos dar o benefício da dúvida igualmente ao leitor, sem querer confundi-lo com critérios de aleatoriedade das ilações tiradas.

Na medida em que para a estruturação do trabalho tivemos de nos cingir a um número limite de páginas (12), não nos sentimos confortáveis em abordar o tema de várias perspectivas como era nossa intenção inicial, pois acabava a análise por ser superficial e menos científica. Gostaríamos muito de tratar as questões das irregularidades confrontando com os princípios de direito processual penal e sobretudo, com princípios constitucionais. Gostaríamos igualmente de ter referido alguns exemplos de irregularidades hodiernas que, *de jure condendo*, em bom rigor, deveriam ser cominadas com a nulidade.

No entanto, tivemos de optar por seguir uma estruturação racional tendo em conta o limite proposto. Daí que preferimos elaborar um trabalho mais teórico e crítico, focalizando a análise sobretudo na noção e regime das irregularidades processuais. É nossa intenção, sem qualquer dúvida, futuramente vir a consolidar o presente trabalho de forma mais completa pois a presente temática é usualmente menosprezada pelos cultores do direito.

Miguel Calado Moura

1. NOÇÃO

1.1. Delimitação conceptual negativa; subsidiariedade

Não existe, propriamente, uma definição legal do conceito de *irregularidade processual*. A lei prefere uma enunciação pela negativa, contrapondo esse mesmo conceito de irregularidade com o de nulidade¹. A irregularidade processual surge como espécie do género invalidade – tal como a nulidade – e não como uma categoria autónoma das invalidades.

Neste sentido, e sob epígrafe “*princípio da legalidade*”, prevê o artigo 118.º, números 1 e 2 do CPP que qualquer acto que viole as disposições da lei processual penal é irregular sempre que a lei expressamente não cominar a nulidade do acto. Destarte, o princípio da legalidade parece estar mais condensado no que toca aos actos nulos do que propriamente às irregularidades processuais, visto que a lei determina a irregularidade como um vício residual / subsidiário da nulidade, ou seja, qualquer inobservância ou violação das disposições do CPP que não seja qualificada pela lei como nula, nos termos do disposto nas alíneas dos artigos 119.º e 120.º, n.º 2 do CPP, é irregular. Doutrina existe, porém, que defende que quanto às irregularidades não funciona o princípio da legalidade que é específico das nulidades². Isso parece, por um lado ir, contra a própria epígrafe do artigo 118.º que é parte integrante da lei (não só para efeitos hermenêuticos) como também, por outro lado, parece ir contra lógica subjacente ao princípio da legalidade: é verdade que o acto só será nulo se a lei assim cominar, mas o acto só será irregular se tiverem reunidos os pressupostos do artigo 123.º, n.º 1 e se a lei não cominar com a nulidade, segundo o artigo 118.º, n.º 2, daí que preferimos um escalamento de níveis quanto ao âmbito de aplicação do princípio da legalidade presente no artigo 118.º e não uma mera negação de aplicabilidade.

Destarte, sempre que se está perante um acto processual desconforme com a lei, dever-se-á fazer uma elucubração prévia: saber se essa ilegalidade cabe ou não no elenco das nulidades insanáveis (artigo 119.º do CPP outras disposições legais em que a lei cominar a nulidade insanável) ou no elenco das nulidades dependentes de arguição (sanáveis, artigo 120.º, 121.º do CPP e outras disposições legais em que a lei cominar a nulidade sanável); se não couber, então o acto ilegal pode consubstanciar uma irregularidade sanável nos termos do 123.º do CPP).

Embora as normas de carácter residual sejam tratadas muitas vezes pela doutrina e pela jurisprudência como tendo um valor hierarquicamente inferior, a verdade é que as situações de irregularidade em processo penal consubstanciam a larga maioria de situações de violação de disposições legais respeitantes a actos processuais³.

1.2. Inserção sistemática; aplicação da teoria lógica dos conjuntos

As disposições legais que consagram a matéria do regime jurídico das irregularidades estão inseridas no Título V do Livro II do Código de Processo Penal. Este facto merece alguns comentários.

¹ *Infra*, 1.2.

² MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal – Anotado – Legislação Complementar*, 17.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009, anotação ao artigo 123.º, ponto 2.

³ GIL MOREIRA DOS SANTOS, *Direito Processual Penal*, Edições Asa, 2003, p. 220.

O Livro II trata dos *Actos Processuais*. Assim, qualquer irregularidade processual penal só poderá respeitar a actos e não a todo e qualquer facto⁴. Acto processual é uma espécie do género acto jurídico que é, por sua vez, espécie do género facto jurídico.

Não obstante da lei se referir a actos, este substantivo não deve ser interpretado no sentido de restringir o campo de aplicação das irregularidades somente a acções (no sentido positivo) excluindo, nesse sentido, as omissões. “Acto”, para o presente efeito significa manifestação da vontade para a produção de um efeito jurídico, *in casu*, processual. Não significa, pois, que possamos deixar de lado as “não acções”. Para além disso, parece claramente a lei dizer que uma omissão de um acto processual devido ou a omissão de uma exigência específica incluída num acto processual também ele específico pode dar lugar a uma irregularidade processual. Mas a lei não define *acto processual*. No nosso entendimento, *acto processual*, para efeitos da delimitação do âmbito de aplicação do conceito e regime das irregularidades, deve ser entendido num sentido muito amplo, abrangendo qualquer acto verbal⁵ materializante da tramitação processual e da dinâmica intrínseca do processo penal. Parece-nos relevante, nesta sede, citar as palavras do Prof. GERMANDO MARQUES DA SILVA que define processo penal como uma “*seqüência de actos juridicamente preordenados à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação*”⁶.

Olhando agora mais concretamente para a questão sub-capitular, a matéria das irregularidades (artigo 118.º, n.º 2 e artigo 123.º do CPP) está sistematicamente inserida no Título V do Livro II, sob epígrafe “*Das Nulidades*”. Como já foi referido, o binómio nulidade / irregularidade assenta numa relação de subsidiariedade desta em relação àquela. Não nos parece, portanto, que a opção do legislador tenha sido a mais adequada quando inseriu a matéria das irregularidades no Título das nulidades. A solução mais coerente, numa perspectiva de rigor conceptual, talvez fosse substituir “das nulidades” por “das invalidades”, na medida em que o conceito de invalidade abrange uma multiplicidade de sub-conceitos, de entre os quais a nulidade e irregularidade.

Em sentido diverso, JOÃO CONDE CORREIA defende que o nosso processo penal está pensado num sistema de “*nulidades progressivas que variam consoante a gravidade da imperfeição e as correspondentes necessidades de tutela dos interesses subjacentes à norma jurídica violada*”⁷. A doutrina portuguesa enraizou a tradição – errada, no nosso entendimento – de enquadrar as irregularidades como uma subespécie das nulidades⁸.

No que toca à delimitação conceptual jurídica de nulidade, a verdade é que este conceito não se pode confundir como sendo um núcleo gerador de uma diversidade de sub-conceitos, mas sim uma categoria autónoma dentro de um macro-tipo jurídico, no qual constam as invalidades propriamente ditas. A própria lei confirma esta posição, na redacção

⁴ Podemos encontrar na doutrina processual alguns autores que estabelecem uma espécie de facto jurídico – o *facto jurídico processual stricto sensu*. São exemplos desse tipo a morte do arguido, o decurso do prazo máximo de prisão preventiva ou o decurso do prazo de prescrição do procedimento criminal. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Direito Processual Penal*, vol. II, 4.ªed., Editorial Verbo, 2008, p.13. São muito raros os factos jurídicos processuais em sentido estrito, pois que por vezes são erradamente qualificados como tal, quando na verdade são actos omissivos. Neste sentido, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito da Prova em Processo Civil*, Lisboa, 1961, p. 76.

⁵ Do latim *verbum* que significa *palavra*, daí que um acto verbal não é só um acto meramente oral mas também escrito.

⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 12.

⁷ JOÃO CONDE CORREIA, *Contribuição para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais*, BFDUC, *Stvdia Ivridica*, 44, 1999, pp. 110-1.

⁸ Embora reportando-se ao CPP de 1929, vide CAVALEIRO DE FERREIRA equiparava as irregularidades à figura civilista da anulabilidade (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, 1955, pp. 277-8).

do n.º 1 do artigo 123.º, na medida em que assume que “(q)ualquer irregularidade do processo só determina a invalidade do acto a que se refere (...)”; a lei não determina a nulidade como cominação, mas sim a invalidade do acto processual. Pode discutir-se, igualmente, até que ponto é que a lei não quis ser neutra ao determinar a invalidade do acto processual irregular – podia tê-lo feito de igual modo aquando do tratamento das nulidades processuais. No entanto, parece que o legislador não quis, de facto, entrar em alguns paradoxos conceptuais jurídicos, preferindo a neutralidade de tratamento da consequência de um acto ou omissão proveniente de uma irregularidade processual.

Para além disso, JOÃO CONDE CORREIA refere vários tipos de *infracções processuais* dentro da lógica do sistema de *nulidades progressivas*, entre os quais as irregularidades processuais (que se apresentariam como as *infracções mais leves*⁹). Ora, as irregularidades processuais têm um regime próprio que não se pode confundir com o regime das nulidades, tanto no que toca aos seus pressupostos como aos seus efeitos e consequências.

Tal como já foi esboçado *supra*, podemos concluir que existe um regime de invalidades¹⁰ presente no CPP, nos termos do qual (i) as infracções mais graves cominariam com a nulidades insanáveis (artigo 119.º do CPP), (ii) as infracções intermédias dariam lugar a nulidades dependentes de arguição (artigo 120.º do CPP e outras nulidades dispersas no Código) mas sanáveis nos termos do 121.º e, por último, (iii) as infracções mais leves seriam as irregularidades (artigo 123.º). Note-se que não partilhamos desta divisão, conforme *infra* se exporá mais detalhadamente, na medida em que embora os efeitos sejam similares, há uma ténue mas importante diferença quanto aos pressupostos e quanto ao grau de sanção (se houver tal possibilidade).

Fica igualmente a nota que embora a doutrina portuguesa que concentra a sua análise na Teoria Geral do Direito, tente distinguir *invalidade* de *irregularidade*¹¹, essa distinção faz sentido no Direito Civil – e em outros ramos do Direito – mas já não fará sentido no Direito Processual Penal pois é a própria lei que determina a invalidade de um acto irregular – “*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus...*”

Por seu turno, o Juiz Conselheiro MANUEL MAIA GONÇALVES, aquando das anotações ao Código de Processo Penal, caracteriza as irregularidades como uma “*categoria atípica e genérica*”¹². Igualmente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere categoricamente, sem qualquer explicação adicional, o princípio da atipicidade da irregularidade¹³. Esta classificação merece um breve comentário.

Primeiramente, a tipicidade ou a atipicidade de uma categoria – seja ela qual for – afere-se na leitura da lei e na percepção se essa categoria está ou não plasmada e positivada, no regime legal. Quando o Sr. Juiz Conselheiro se refere a uma *categoria atípica*, parece que tenta

⁹ Em oposição às infracções mais graves (nulidades insanáveis) e às infracções intermédias (nulidades sanáveis).

¹⁰ É bastante discutível a existência jurídica da própria figura da inexistência jurídica. A existir, esta figura apresentar-se-ia como autónoma da figura da invalidade, pois enquanto um acto inválido existe para o mundo do Direito, num acto inexistente, embora existente para o mundo das coisas, ficciona-se a sua não existência para o Direito. A doutrina alemã é muito restritiva na admissão desta figura no ordenamento jurídico. Em Itália, FRANCESCO GALGANO, ilustre civilista, escreveu que a categoria da inexistência é algo de limite na ordem natural das coisas e demonstra a não omnipotência do legislador – FRANCESCO GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale, III – l'Impresa e le Società, II – Le Società di Capitali e le Cooperative*, p. 130.

¹¹ Cfr. MANUEL A. DOMINGOS ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Almedina, 1960, p. 130; Contra, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil, Teoria Geral – Acções e Factos Jurídicos*, II, Coimbra Editora, 2003, p. 375.

¹² MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal... op. cit.*, anotação ao artigo 123.º, ponto 2.

¹³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora, 2009, anotação 1 ao artigo 123.º, p. 312.

contrapor as irregularidades ao regime das nulidades (sanáveis ou insanáveis), pois para tal regime existe um elenco típico (uma catalogação de situações), nos termos do qual é própria a lei que enuncia as situações que cabem naquelas categorias de invalidades, por aplicação do princípio da legalidade (artigo 118.º do CPP). Ora, em bom rigor, não é esse tipo de enunciação que torna uma categoria típica. Dois argumentos suportam esta conclusão: o primeiro é que a categorização de um conceito, como é o de irregularidade – tal como de nulidade – é feita expressamente na lei e isso, *per sí*, torna-o típico: é a lei que diz o que é nulo e o que é irregular distinguindo estes dois conceitos de forma autónoma por aplicação de uma lógica de subsidiariedade. Para além disso, mesmo se entendêssemos que a atipicidade poderia eventualmente existir, pois a lei não elenca as situações de irregularidade, a verdade é que o legislador quando opta por um sistema de utilização de um macro-tipo conceptual que é a invalidade, nos termos do qual o seu enchimento se faz através de variados sub-tipos – nulidades e as irregularidades – torna típica a categoria de irregularidades, na medida em que o seu enchimento é feito através de *todos os actos ilegais que a lei não cominar com a ilegalidade*. Assim, esta forma de ordenamento conceptual acaba por tipificar as situações de irregularidade pela via negativa¹⁴.

Em segundo lugar, a expressão do Sr. Juiz Conselheiro merece outro comentário nosso. Quando o autor indica que a categoria é genérica, parece-nos igualmente, e com o devido respeito, que a adjectivação não é rigorosamente a mais adequada. Uma categoria é genérica em contraposição a específica. É nosso entendimento que as nulidades não são espécies do género irregularidade, mas são espécies, tal como as irregularidades, do género invalidade. *Genérico* pode igualmente significar *vago*. Ora, a categoria irregularidade é uma categoria cujo regime jurídico se encontra bastante especificado na lei, sendo determinável, caso a caso, por aplicação do conceito amplo. Por isso, amplitude não significa vagueza nem indeterminado significa indeterminável.

1.3. A semântica do substantivo *irregularidade*

Para além da definição negativa trazida pela lei, importa atentar que o singelo substantivo *irregularidade* pode trazer várias considerações de carácter semântico.

Uma irregularidade é tudo aquilo que não é regular¹⁵. Cumpre, então, saber o que é uma *regularidade* para efeitos do processo penal. Um acto regular é um acto conforme à regra, à norma; um acto que está de acordo com a lei.

Na verdade o legislador não foi muito feliz quando quis dar este uso ao substantivo pois ele retrata mais do que aquilo que verdadeiramente é. As nulidades são igualmente *actos irregulares*. É curioso verificar que o CPP não usa a expressão ilegalidade na medida em que tem um significado mais forte socialmente, embora verdadeiramente seja a mesma coisa: lei está para regra assim como legalidade está para regularidade e, por identidade de razão, ilegalidade estará para irregularidade. O substantivo irregularidade provém de outras sedes, nomeadamente da versão de CPP de 1929 e parece-nos que o legislador da década de 80 limitou-se a plasmar a mesma regra com quase idênticas palavras sem quaisquer tipos de elucubrações semânticas.

¹⁴ Concordamos, portanto, com a visão de GERMANO MARQUES DA SILVA que, embora com argumentação diferente, admite que a irregularidade é uma categoria típica – Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 89 e 92.

¹⁵ Embora à partida estejamos perante um truísmo, tal como a mítica e eterna expressão: «*Ci gît Monsieur de La Palice: Si il n'était pas mort, il ferait encore en vie*» – que, sem qualquer dúvida, denegriu perpetuamente a imagem de Jacques de Chabannes – a verdade é que a adjectivação regular/irregular em Direito pode consubstanciar diversos significados, os quais não podemos menosprezar.

2. REGIME

Análise ao artigo 123.º do CPP

2.1. A redacção do artigo 123.º do Código de Processo Penal

ARTIGO 123.º

(Irregularidades)

1. Qualquer irregularidade do processo só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado.
2. Pode ordenar-se oficiosamente a reparação de qualquer irregularidade, no momento em que da mesma se tomar conhecimento quando ela puder afectar o valor do acto praticado.

Em seguida, analisaremos em pormenor o regime das irregularidades processuais, *maxime* a redacção do artigo 123.º do CPP que nos dá uma estrutura do regime jurídico aplicável às irregularidades em processo penal no ordenamento jurídico português.

2.2. Considerações gerais

A forma como está redigido o n.º 1 do artigo 123.º parece sugerir algo de interessante – parece sugerir que à partida, e *tout court*, qualquer irregularidade não determina a invalidade do acto¹⁶.

Não obstante da forma como está redigido o preceito, a verdade é que o tipo de redacção não afecta, em todo ou em parte, o conteúdo e os efeitos de aplicação do regime das irregularidades. Pode, porém, retirar-se algum efeito útil desta enunciação, na medida em que se pode dizer que o acto é válido a não ser que seja arguida a irregularidade, pois enquanto não é declarada pelo tribunal a invalidade, o acto produz efeitos independentemente de um vício decorrente de uma não validade abstracta e eventual.

Um outro ponto de carácter geral e introdutório de relevo é a margem de aplicação do artigo 123.º do CPP. Como já foi previamente referido, a irregularidade, no nosso Código de Processo Penal, tem carácter residual / subsidiário. Isto significa que todo o acto contrário às disposições legais que a lei não comina com a nulidade só será um acto inválido se tal vício tiver sido arguido pelos interessados. No que toca ao âmbito de aplicação do artigo 123.º, é deveras importante referir que a lei fala de “acto ilegal”, no artigo 118.º, n.º 2. Ora, ao fazê-lo, a lei expressamente afasta a possibilidade da existência de invalidade de um acto se esse acto depender do âmbito de discricionariedade de algum sujeito processual, *maxime* do juiz.

Assim, quando o juiz de instrução criminal não autoriza a intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas, a requerimento do Ministério Público (MP), nos termos do artigo 187.º, n.º 1 do CPP, por não achar que se justifique aplicação de tal meio de obtenção de prova, nomeadamente por não ser uma diligência, no caso concreto, indispensável para a descoberta da verdade material, então nem o MP nem o assistente (se houver e se tiver conhecimento) podem arguir uma irregularidade por achar que o juiz naquele caso deveria ter autorizado as escutas telefónicas.

¹⁶ Paralelamente, *vide* Acórdão do STJ, de 21 de Abril de 1994 *in* BMJ, 436, p. 266. Contra, JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo... op. cit.*, p. 147, nota de rodapé 326.

Os actos processuais que estão sujeitos a uma prévia discricionariedade do juiz, não quanto ao seu fundamento de existência, mas sim quanto à sua exigibilidade processual no caso concreto, não podem estar sujeitos à aplicação das regras de irregularidades, pela sua própria natureza e porque, na verdade, não consubstanciam um “acto ilegal” nos termos do n.º 2 do artigo 118.º. É, portanto, em última análise – e de acordo com o princípio do Estado de Direito – o juiz que decide se o acto é ou não ilegal. Se o acto ilegal tiver como origem uma acção ou omissão do próprio juiz, numa óptica humanista e de psicologia social, é difícil que um sujeito admita que cometeu um acto ilegal quando é o próprio que o origina, a não ser que a ilegalidade seja objectiva e incontestável. Daí que, estatisticamente, é curioso analisar e concluir que são poucos os casos em que é o próprio juiz o sujeito processual que comete um acto ilegal, cuja cominação é uma mera irregularidade, e que, *a posteriori*, por aplicação do regime do 123.º vem a sanar esse mesmo acto oficiosamente ou através de arguição dos interessados.

Um outro ponto que é importante frisar a nível introdutório tem que ver com a autoridade competente para conhecer da arguição da irregularidade. Partilhamos a visão da jurisprudência dominante neste aspecto que diz que tem o direito de conhecer a irregularidade a autoridade judiciária que tem a direcção do processo no momento do termo do prazo de arguição, se aplicável¹⁷.

2.3. A necessidade de arguição; equiparação às nulidades sanáveis?

Outro requisito constante no artigo 123.º do CPP é a necessidade de arguição por parte dos interessados. Abordaremos adiante o tópico dos interessados¹⁸. Agora concentrar-nos-emos na necessidade de arguição.

Arguir, para o presente efeito, implica um acto positivo de exposição do vício processual. A lei não distingue a forma de arguição. Deste modo, o interessado pode arguir oralmente ou por escrito, consoante o momento da tramitação processual¹⁹. A arguição escrita deve ser feita mediante requerimento ao juiz, esperando-se deferimento por parte deste e sanção da irregularidade, que dependerá, naturalmente, das circunstâncias do caso concreto, ou mediante uma declaração oral que constará da acta de audiência²⁰.

Até que ponto é que a necessidade de arguição como requisito de efectivação do mecanismo legal de sanção dos actos potencialmente irregulares se pode equiparar à sanção das nulidades dependentes de arguição? Em ambos os casos, existe uma necessidade de arguição por parte dos interessados, tempestivamente, para que o acto seja sanado. Caso contrário, o acto continua a produzir efeitos como se fosse válido e eficaz. Terá o legislador, por qualquer forma, confundindo os dois conceitos?

¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Fevereiro de 1996, in CJ, XXVII, tomo 1, p. 51; Acórdão do Tribunal de Relação de Évora de 27 de Junho de 2000, in CJ, XXV, tomo 3, p. 281; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de Maio de 2002, in CJ, XXVII, tomo 3, p. 271; na doutrina, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 89 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário... op. cit.*, anotação ao artigo 123.º, pp. 313-4, ponto 10.

¹⁸ *Infra*, 2.4.

¹⁹ Por exemplo, se o despacho do juiz que designa dia para audiência não for acompanhado de cópia de acusação ou de pronúncia (artigo 313.º, n.º 2 do CPP), estamos perante uma irregularidade que deverá ser arguida por escrito; mas se no decorrer da produção de prova aquando da audiência, o juiz presidente não informar o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo (artigo 343.º, n.º 1 do CPP), incorre na omissão de um acto legalmente devido que consubstancia uma eventual irregularidade, a qual deverá ser arguida, por exemplo, pelo defensor do arguido que ditará para acta esse acontecimento gerador de uma irregularidade.

²⁰ Por vezes servirá no futuro, em sede de recurso, para complemento à argumentação do mesmo.

Parece que não. As expressões usadas no artigo 122.º, n.º1 (quanto aos efeitos das nulidade dependentes de arguição) e no artigo 123.º, n.º 1 (quanto às irregularidades) são bem diferentes. Ora vejamos: o artigo 122.º, n.º 1 diz que “(a)s nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que deles dependerem e aquelas puderem afectar”. Por seu lado, o artigo 123.º, n.º1 menciona a “invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar”. A dependência e a possibilidade de afectação, no caso das nulidades parece ser algo mais rigoroso do que a mera possibilidade de afectação, tal como está prevista na redacção das irregularidades. Embora em termos práticos seja de difícil distinção, em abstracto é possível, face ao regime legal vigente, destringir entre o regime mais fechado de afectação dos actos subsequentes por parte das declarações de nulidade dos actos do que das irregularidades²¹.

Acresce que o artigo 121.º, n.º 1 do CPP dispõe que as nulidades ficam sanadas se os participantes interessados (i) renunciarem expressamente a argui-las, (ii) tiverem aceite expressamente os efeitos do acto anulável e (iii) se tiverem prevalecido da faculdade a cujo exercício o acto anulável se dirigia. Mas nada é referido em sede de sanção das irregularidades. Então, cumpre saber até que ponto é que estes pontos se podem aplicar por analogia às irregularidades. Nas irregularidades, a extemporaneidade decorrente do prazo de arguição de 3 dias parece ser o único critério de sanção do acto (para além da possibilidade de afectar o valor do acto praticado). No entanto, entendemos que por argumento de maioria de razão, é extensível ao regime das irregularidades, as alíneas constantes no n.º 1 do artigo 121.º do CPP.

2.4. O conceito de interessado

A irregularidade deve ser arguida pelo interessado... mas a lei não define interessado. A noção de interessado restringe pessoalmente a arguição do vício.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE define interessado como “o titular do direito protegido pela norma violada”²². Em geral, concordamos com a definição do autor. O conceito de interessado deve ser entendido amplamente: assim, é interessado o arguido que, não tendo defensor na instrução, não lhe é nomeado advogado, nos termos do n.º 4 do 287.º do CPP²³. O conceito de interessado abrange tanto o arguido, como o assistente, como o Ministério Público, como as partes civis. É interessante verificar que o facto de a lei usar a palavra “interessado”, exclui automaticamente o juiz enquanto sujeito processual (está abrangido pela oficiosidade prevista no n.º 2 do artigo 123.º)

Já não concordamos, porém, com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE quando afirma que “o Ministério Público não tem legitimidade para arguir (...) irregularidade respeitante a norma que proteja um direito do arguido, do assistente, das partes civis ou de outro participante processual”²⁴. O MP é um sujeito processual especial. De acordo com o seu

²¹ Embora com uma visão parcelar do problema, seguimos a esteira de JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Código de Processo Penal Anotado*, 2.ª ed., Rei dos Livros, 1991, p. 391. Contra, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, op. cit., p. 101, fazendo uso do argumento histórico, nos termos do qual estas redacções seriam idênticas aos artigos 98.º §1 e 100.º do CPP de 1929. O autor assume que a diferença essencial jaz no facto de a irregularidade ser uma espécie de invalidade menos grave das demais e por isso o vício se possa sanar com mais facilidade. Menciona igualmente o facto de o CPP de 1929 ser ainda menos exigente pois o juiz so deveria atender a arguição de um acto irregular quando essa irregularidade pudesse influir no exame e decisão da causa.

²² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...* op. cit., anotação 3 ao artigo 123.º, p. 312.

²³ Veja-se a situação similar consagrada no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 1991, CJ XVI, pp. 1-98.

²⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *idem*.

estatuto legal, rege-se por critérios de objectividade e de legalidade²⁵. Veja-se o artigo 53.º, n.º 1 do CPP, que diz que “(c)ompete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal com a descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade²⁶”. Isto é uma norma relativa ao estatuto do MP no Processo Penal, transversal a toda a tramitação processual. Ora, é dever legal do MP arguir uma irregularidade independentemente da titularidade do direito protegido pela norma violada²⁷.

Quem causou (por acção ou omissão) a irregularidade não pode ser considerado como “interessado”, nos termos do abuso de direito, *maxime* princípio do *venire contra factum proprium*²⁸. O conceito de interessado tem, no nosso entendimento, efeitos de estendíveis ao defensor do arguido, nos termos do n.º 1 do artigo 63.º do CPP, bem como ao advogado do assistente e das partes civis segundo o princípio de igualdade de armas.

2.5. A relevância de afectação do acto

Outra questão intrincada no seio do artigo 123.º, n.º 1 do CPP tem que ver com o chamado *princípio da relevância material da irregularidade*: o acto irregular só deve ser declarado inválido quando a sua invalidade puder afectar o valor do acto praticado. A doutrina tem entendido que este critério, embora presente no n.º 2 do artigo 123.º quanto à sanção oficiosa de irregularidade, deve ser estendível às arguições de irregularidade a requerimento do interessado, pois de outro modo não se compreenderia que “o *poder de sindicância material do juiz*” fosse menor do que o dos interessados²⁹.

Ora, mais uma vez trazemos o brocado latino “*Ubi lex non distiguit nec nos distinguere debemos.*” Parece-nos que a lei ao afirmar que o juiz tem o dever de sanar a oficiosidade quando “ela puder afectar o valor do acto praticado” está a distinguir um dever *ex officio* de sanção de irregularidades relevantes por parte do juiz e não a coarctar a aplicação *tout court* do princípio da legalidade presente no artigo 118.º do CPP. Discutiremos a oficiosidade adiante³⁰.

2.6. Critério do conhecimento vs critério da recepção – *final feliz*

O artigo 123.º, n.º 1 consagra dois critérios distintivos. Assim, qualquer acto irregular deve ser arguido pelo interessado “*no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificado para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado*”.

Se o interessado está presente, toma conhecimento e deve arguir, se quiser, a irregularidade processual (critério do conhecimento). A gnose do interessado é *conditio sine qua non* para a emergência do seu direito processual à arguição do vício para sua sanção. O

²⁵ Ao contrário do que é habitual pensar-se no mundo dos cidadãos alheios ao processo penal, o MP, no nosso ordenamento jurídico não assume a parte processual acusatória: pode, pois, pedir a absolvição do arguido em fase de julgamento, pois segue-se por princípios de verdade material.

²⁶ Sublinhado nosso.

²⁷ É bem verdade que por vezes, por razões de economia processual, o MP não o deva fazer, mas essa ponderação deve ser do próprio MP que, em caso algum, deve retirar legitimidade ao mesmo para arguir uma irregularidade processual.

²⁸ Cfr. artigo 182.º, n.º 1 do CPP italiano que, conforme PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, inspirou o artigo 120.º do CPP Português – PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE *Comentário... op. cit.*, anotação 4 ao artigo 123.º.

²⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário... op. cit.*, p. 312, comentário ao artigo 123.º, ponto 2; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – *Wassink v. Países Baixos*, de 27 de Novembro de 1990; GIL MOREIRA DOS SANTOS, *Direito... op. cit.*, p. 221.

³⁰ *Infra*, 2.7.

Tribunal Constitucional ainda vai mais longe na interpretação da cognoscibilidade do interessado: veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 383/97³¹, nos termos do qual o Tribunal decreta a inconstitucionalidade da norma do artigo 123.º, n.º 1, interpretada no sentido de ela impor a arguição, no próprio acto, de irregularidade contida em audiência de julgamento, perante um tribunal, independentemente de se apurar da cognoscibilidade do vício pelo arguido, agindo com diligência devida. Neste Acórdão, o TC tenta sobrepor alguns princípios processuais e constitucionais hierarquicamente mais relevantes, mas no nosso entendimento parece interpretar restritivamente a norma do n.º 1 do artigo 123.º dizendo menos do que a sua redacção e deturpando a génese da sua teleologia.

Existe algum prazo na aplicação do critério do conhecimento? Sim, nos termos da lei, até o próprio acto terminar. Isto põe o problema – de difícil resolução – de conseguir, por vezes identificar actos individualizados quando estão densificados num macro-acto que agrupa aqueles. Nem sempre é fácil, por exemplo, em sede de audiência, distinguir os diferentes actos processuais que são inerentes à audiência. Imaginemos que o tribunal salta imediatamente da produção de prova para as últimas declarações do arguido e encerra a audiência (artigo 361.º do CPP) sem ter havido alegações orais, nos termos do artigo 360.º do CPP. Ora, dado que estamos perante uma omissão que origina uma irregularidade, não fazia sentido arguir esse vício “no próprio acto” porque não existiu verdadeiramente um acto, mas sim a falta de um acto devido.

Devem, então, os interessados arguir a irregularidade quando o juiz passa imediatamente para a audição das últimas declarações do arguido, ou têm esse direito até ao encerramento da audiência? Segundo critérios hermenêuticos objectivos, parece que a lei dá e retira esse direito imediatamente, ou seja, se o arguido começa as últimas declarações e passado um tempo razoável nenhum interessado arguir a irregularidade, ficciona-se uma renúncia tácita ao direito.

Para além dos juízes e do MP, os advogados, por terem uma formação jurídica específica, têm um conhecimento mais apurado dos direitos – e deveres – processuais. Por isso, se o advogado não estiver presente, o seu mandante não perderá o direito à arguição da irregularidade, desde que justificadamente o mandatário não possa ter assistido ao acto³².

Porém, o artigo 123.º, n.º 1 consagra outro critério quando indica que se os interessados não tiverem assistido ao acto (e, segundo alguma doutrina, se faltarem a um acto a que deviam estar presentes, tenham justificado), têm três dias para arguir a irregularidade: gostamos de dar o nome de critério da recepção pois não se trata verdadeiramente de um prazo que começa a contar através do conhecimento, na medida em que a notificação judicial é uma presunção de conhecimento (*juris tantum*). E se falta a própria notificação quando era devida (por exemplo alguma notificação a efectuar nos termos do artigo 112.º, n.º 3)?

Depende do tipo de notificação devida: se for uma notificação de comparência do assistente ou das partes civis no caso em que a lei exigir a respectiva comparência, então, nestes casos, estamos perante um caso de nulidade depende de arguição nos termos dos números 2 e 3 do artigo 121.º; mas se se reportar a outro caso, então esta omissão padece de um vício de mera irregularidade. Isto traz dois diferentes problemas que usualmente são vilipendiados pela doutrina e jurisprudência. Em primeira linha, podemos estar perante uma dupla irregularidade. Em segundo lugar, cumpre saber a partir de que momento é que se

³¹ Cfr. igualmente Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 208/2003 e Ac. TC n.º 203/2004.

³² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ainda vai mais longe, afirmando que se algum sujeito processual falta injustificadamente ao acto processual, perde o direito de invocação de irregularidade – PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário... op. cit.*, comentário ao artigo 123.º, ponto 9, *in fine* p. 313.

começa a contar o prazo de três dias para arguição da irregularidade se a própria irregularidade é a falta de notificação. No nosso entendimento, e para salvaguardar o direito à arguição de irregularidade com base no princípio da legalidade, é lógico aplicar o critério do conhecimento analogamente a este tipo de situações em conjugação com o prazo de 3 dias aplicável nos casos de aplicabilidade do critério da recepção, ou seja, o interessado teve conhecimento da falta da prática do acto devido e terá 3 dias para arguição da irregularidade. Parece-nos uma solução que está de acordo com o espírito do artigo 123.º, n.º 1, protectora do direito de arguição de irregularidade por parte do titular do bem jurídico afectado pelo acto ilegal.

Finalmente, é deveras importante realçar que entendemos que o justo impedimento é uma excepção possível à arguição da irregularidade extemporaneamente (artigo 107.º, n.º 2 do CPP e artigo 146.º do CPC).

2.7. A reparação oficiosa

Ao contrário das nulidades sanáveis, as irregularidades estão sujeitas a uma reparação oficiosa em qualquer momento, sempre que puderem afectar o valor do acto praticado (artigo 123.º, n.º 2). Assim, MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-HENRIQUES entendem que “a irregularidade afecta o valor do acto processual praticado sempre que da mesma decorra a violação de um interesse público ou de um interesse privado indisponível”³³. Quis a lei dar o poder de reparação oficiosa das meras irregularidades ao juiz nestes casos e não o deu aquando das nulidades sanáveis?

Numa primeira leitura da lei, parece que sim. No entanto, como entendemos que o n.º 2 do artigo 123.º, na verdade, é uma disposição inútil pois consagra um poder inerente ao próprio estatuto do juiz, podemos interpretar analogicamente, sem qualquer problema, que as nulidades sanáveis, pela sua natureza e relação com as irregularidades, podem igualmente ser reparadas oficiosamente desde afectem interesses públicos, direitos indisponíveis e até violações de direitos fundamentais – que não se enquadram, em bom rigor, no conceito de interesse público.

2.8. Os efeitos da declaração de invalidade

Decretada a invalidade por parte do juiz tem alguns efeitos processuais³⁴ que importa elencar:

- (i) A invalidade do próprio acto, material e processualmente;
- (ii) A invalidade derivada dos actos subsequentes (que à partida seriam válidos e plenamente eficazes), desde que se encontrem numa relação de dependência face ao acto irregular e, nesse sentido e pela negativa, o aproveitamento desses actos se não existir esse nexo de dependência; e
- (iii) A repetição do acto irregular com as devidas custas para a parte responsável³⁵.

³³ MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. II, Rei dos Livros, 2004, comentário ao artigo 123.º, p. 800.

³⁴ Gostamos da arrumação de efeitos enunciada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, anotação ao artigo 123.º, ponto 17, pp. 314-5

³⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *idem...* aplicando o artigo 122.º, n.º 2 do CPP por maioria de razão. Para nós, estas questões podem sempre originar violações do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), na medida em que se é o juiz ou o MP que comete a irregularidade quem paga, em última análise, é o Estado (todos os contribuintes).

2.9. Possibilidade de recurso

É mais ou menos pacífica na doutrina³⁶ a questão de saber se da decisão sobre irregularidades cabe recurso, nos termos gerais. Funciona, neste caso, o princípio geral enunciado no artigo 399.º, nos termos do qual é permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei. Não se encontra prevista a impossibilidade de recurso aquando da leitura das alíneas do n.º 1 do artigo 400.º.

SÍNTESE

Pelos motivos expostos podemos sintetizar e sistematizar algumas conclusões a que se chegou decorrentes da análise à noção e regime das irregularidades processuais penais, das quais destacamos, por não serem meras repetições daquilo que está consolidado pela doutrina, as seguintes:

- (i) O conceito de irregularidade é espécie do género invalidade, tal como o conceito de nulidade e não um sub-tipo deste;
- (ii) O Título em que está inserida a matéria das irregularidades diz menos do que devia;
- (iii) O legislador transpôs o conceito de irregularidade directamente do CPP de 1929 sem ter atentado à semântica do conceito;
- (iv) Embora tendo um carácter residual, a irregularidade é um conceito típico;
- (v) Tem o dever de conhecer a irregularidade a autoridade judiciária que tem a titularidade do processo no momento da sua arguição;
- (vi) As irregularidades, tal como as nulidades sanáveis, dependem de arguição; no entanto, não podemos confundir o regime pois a lei trata cada um de forma autónoma;
- (vii) O conceito de interessado é um conceito amplo e pessoal, colocando-se o Ministério Público numa posição de *interessado permanente*;
- (viii) O artigo 123.º, n.º 1 consagra dois critérios distintos (o do conhecimento e o da recepção) que, por vezes, devem ser interpretados conjuntamente para salvaguardar o direito de arguição das nulidades;
- (ix) O conhecimento oficioso das irregularidades deve ser estendível por aplicação analógica às nulidades dependentes de arguição

³⁶ COSTA PIMENTA é a única voz contra a possibilidade de recorrer de uma irregularidade – COSTA PIMENTA, *Código...*, *op. cit.*, anotação ao artigo 123.º.

BIBLIOGRAFIA

1. Doutrina

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed., Universidade Católica Editora, 2009

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGOS, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Almedina, 1960

CASTRO MENDES, JOÃO DE, *Do Conceito da Prova em Processo Civil*, Lisboa, 1961

CORREIRA, JOÃO CONDE, *Contribuição para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais*, BFDUC, *Stvdia Ivridica*, 44, 1999.

COSTA PIMENTA, JOSÉ DA, *Código de Processo Penal Anotado*, 2.^a ed., Rei dos Livros, 1991

FERREIRA, CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, 1955

GALGANO, FRANCESCO, *Diritto Civile e Commerciale*, III – *l’Impresa e le Società*, II – *Le Società di Capitali e le Cooperative*

GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, *Código de Processo Penal – Anotado – Legislação Complementar*, 17.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009

MARQUES DA SILVA, GERMANO, *Curso de Direito Processual Penal*, vol. II, 4.^a ed., Editorial Verbo, 2008

MOREIRA DOS SANTOS, GIL, *Direito Processual Penal*, Edições Asa, 2003

OLIVEIRA ASCENÇÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil, Teoria Geral – Acções e Factos Jurídicos*, II, Coimbra Editora, 2003

SIMAS SANTOS, MANUEL e LEAL-HENRIQUES, MANUEL, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. II, Rei dos Livros, 2004

2. Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – *Wassink v. Países Baixos*, de 27 de Novembro de 1990
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 1991, CJ XVI
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Abril de 1994 *in* BMJ, 436
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Fevereiro de 1996, *in* CJ, XXVII, 1
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 383/97
- Acórdão do Tribunal de Relação de Évora de 27 de Junho de 2000, *in* CJ, XXV, 3
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de Maio de 2002, *in* CJ, XXVII, 3
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 208/2003
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 203/2004