A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE FÍSICA

Pelo DR. ADRIANO MOREIRA

1. Já nas velhas leis da monarquia se podem encontrar reflexos do que depois havia de ser conhecido pela expressão — princípio da estrita legalidade. Nas Ordenações de Portugal podia ler-se, por exemplo: «e mandamos a todos os julgadores, que não mandem prender pessoa alguma, antes de sentença definitiva, por petição, nem queixume de injuria verbal, que outrem della faça, nem por inquirição, que por elles seja tirada; posto que a pessoa, que se houver por injuriada, seja de maior condição e qualidade, que o injuriante, salvo quando por final sentença for determinado, que seja presa».

Supomos, todavia, que a legalidade expressa nesses textos, expressão de um direito cujo acento tónico estava não na prévia valoração dos interesses jurídicos da comunidade, mas na obediência devida ao príncipe, exprime sobretudo, e por isso mesmo, um imperativo de geral obediência às determinações do poder, e não aquela igualdade de todos perante a lei, que foi o detalhe essencial do complexo princípio da estrita legalidade saída da revolução.

O privilégio, que nega por definição a falada igualdade de todos, aparecia paralelamente expresso com franca clareza: «Mandamos, que os fidalgos de solar, ou assentados em nossos livros, e os nossos Desembargadores, e os Doutores em Leis, ou em Canones, ou em Medicina, feitos em estudo universal por exame, e os Cavalleiros Fidalgos, ou confirmados por Nós, e os Cavalleiros das Ordens Militar de Christo, Santiago e Avis, e os Scrivaens da nossa Fazenda e Camara, e mulheres dos sobreditos, em quanto com elles forem casadas, ou stiverem viuvas honestas, não sejam presos em ferros, senão por feitos, em que mereção morrer morte natural, ou civil. E

por os outros, em que não caibão as ditas penas de morte, serão presos sobre suas homenagens, as quais devem fazer aos Juizes, que os prenderem, ou mandarem prender. E por elles lhes serão tomadas, e lhes darão por prisão o Castello da Villa, ou sua casa, ou a mesma Cidade, Villa, ou lugar, segundo fôr a qualidade do caso».

Mas, se faltava esse importante elemento da estrita legalidade, que é a igualdade de todos sob a mesma lei, encontrava-se, com mais evidência, o princípio da intervenção judicial, que talvez melhor se deva formular, em relação à época, falando na legitimidade da autoridade com poderes de privar os subditos da liberdade física. Podemos citar em abono do que dizemos esta passagem das Ordenações: «e todo o Desembargador, e qualquer outro Julgador, que tiver poder para mandar prender, não mandará prender pessoa alguma, senão pelos Meirinhos, ou Alcaides, ou pelos Juizes dos Lugares. E quando mandarem prender por seus Alvarás, irão nelles declarados os nomes dos que houverem de ser presos: e sem a dita declaração os não assinarão».

A sorte destes dois elementos essenciais em que se analisa o princípio da estrita legalidade — a igualdade de todos sob a mesma lei e a necessária intervenção judicial — não tem corrido paralela: e se de ambos pode dizer-se que têm sofrido os maiores vexames no desenrolar do processo da crise de valores que a legislação contemporânea oferece aos nossos olhos, o segundo, que teve tão principal importância no parecer e na crença dos reformadores, sofreu por muitas partes as mais graves mutilações. Tudo com desconhecimento, ou apenas por esquecimento muito bem lembrado, de que, acima da importância de vagas garantias e direitos fundamentais escritos com maiúsculas, a intervenção judicial na privação da liberdade física, se a judicatura é independente e livre, constitui o mais sólido baluarte da liberdade dos cidadãos.

No Relatório que o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça enviou ao Soberano Congresso em 2 de Dezembro de 1822, dizia-se: «não pretendo renovar a idéa de que o govêrno antigo produzia a corrupção da sociedade, e era a causa dos crimes e delitos, que inundavam Portugal; mas é preciso notar de passagem, que um povo é tanto menos virtuoso quanto mais arbitrário é o govêrno que o rege. Nada mais natural do que deixar de respeitar as leis quando estas não são certas, fixas e iguais para todos. Nada mais frequente

do que o emprêgo do capricho e da fôrça quando a fôrça e o capricho são quem governa: nada mais comum do que buscar nestes dois meios os recursos que a lei devia ministrar e não ministra». No mesmo Relatório o princípio da estrita legalidade aparece ligado à intervenção judicial: «atribui-se ordinàriamente às pessoas a imperfeição dos instrumentos de que se servem, e daqui vêm as contínuas reclamações contra o corpo da magistratura. Com um péssimo sistema judiciário era impossível que a justiça fosse bem administrada; e é-o igualmente, que as imperfeições das leis e os vícios do processo não aumentem os vícios dos julgadores e o abuso da autoridade».

Sabe-se como Beccaria formulou o princípio da estrita legalidade e como a sua doutrina correu ràpidamente toda a Europa: «A primeira consequência destes princípios é que apenas as leis podem fixar a pena dos crimes, e que este direito não pode residir senão na pessoa do legislador, enquanto representa toda a sociedade unida pelo contrato social.

Ora, sendo cada magistrado um elemento da sociedade, nenhum pode com justiça infligir uma pena a outro membro da sociedade se ela não estiver prèviamente fixada pela lei. Isto seria realmente acrescentar um novo castigo ao anteriormente determinado, e é isto que o zelo ou o pretexto do interesse público não devem consentir.

Segunda consequência: Desde que o contrato social obriga igualmente as duas partes, a sociedade não se encontra menos obrigada para com os seus membros, do que estes para com ela. Esta cadeia que desce do trono até à cabana, cujos elos são igualmente feitos para o maior como para o mais miserável dos homens, não significa outra coisa senão que o interesse público exige que as determinações úteis à maioria sejam cumpridas. Consentir na simples violação de uma, é abrir a porta à anarquia; princípio de onde decorre que o soberano que representa a sociedade não pode editar senão leis gerais, às quais todos devem ser submetidos; mas que lhe não compete julgar se alguém infringir essas leis. Com efeito, a nação dividir-se-ia então em duas partes, uma representada pelo soberano que afirma a violação do contrato, outra pelo acusado que a nega. É por isso necessário que um terceiro julgue a veracidade do facto. Impõe-se por consequência que exista um magistrado cujas sentenças sem recurso não sejam senão uma simples afirmação ou negação dos factos particulares».

Quer isto dizer que o princípio da estrita legalidade nunca aparece desacompanhado da necessária intervenção do poder judicial, sempre que se trata de privar o cidadão do seu mais importante direito que é a liberdade física, enunciado com a fórmula latina — «jus manendi, ambulandi, eunde ultro citroque».

Esta exclusividade que se reclama para a lei neste domínio costuma ser enunciada pelos juristas com a fórmula «Nullum crimen, nulla poena sine lege», sempre acompanhada dos aforismos «Nemo judex sine lege» e «Nemo damnatur nise por legale judicium». O que fica dito mostra que o princípio da estrita legalidade, com o complexo conteúdo acima afirmado, tem um claro fundamento de ordem política. Todavia, encontrou uma clara justificação científica quando Anselmo von Feurbach, expondo a teoria da coacção psíquica, explicou que para que a pena possa desempenhar o seu efeito de ameaça intimidante, é necessário definir prèviamente os delitos e as penas para que todos saibam por que os ameaçam e com o que os ameaçam. Modernamente, Beling levou mesmo mais longe o princípio, ao explicar que não pode haver crime sem tipicidade.

Tal princípio, que foi característico do Estado saído da Revolução, tem como réplica, no aspecto funcional e orgânico, a distribuição ou divisão dos poderes, que Schmitt considerou o princípio orgânico, destinado a assegurar, ao pôr-se em prática, a moderação e fiscalização de todos os órgãos do poder do Estado. Em muitos se encontra repetidamente a justificação da distinção entre o Legislativo e o Executivo, porque não é bom que os mesmos homens que fazem as leis as apliquem. Mas é em Montesquieu que se encontra a formulação mais divulgada do princípio: «Em todos os Estados há três espécies de poder público: o Poder Legislativo, o Executivo para assuntos exteriores e o Executivo para a política interna. Pelo primeiro, o príncipe ou autoridade emite novas leis para um certo tempo ou para sempre e melhora ou revoga as velhas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, cura da segurança e previne os ataques dos inimigos. Pelo terceiro castiga os crimes e resolve as questões cíveis. O último é o Poder Judicial».

Quer dizer que a intervenção judicial apareceu como elemento essencial de estrita legalidade, e com esse sentido, supomos, foi recebido, em 1774, na Declaração dos Direitos do Homem de Filadélfia, e na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Com esse sentido

passou às constituições modernas, onde sempre aparecem os dois elementos principais do princípio da estrita legalidade ou enunciados no mesmo preceito ou enunciados em preceitos complementares. A Constituição Política da República Portuguesa diz claramente, nos números 8.º, 9.º e 10.º do art.º 8.º, que constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: «não ser privado da liberdade pessoal nem preso sem culpa formada, salvo nos casos previstos nos §§ 3.º e 4.º; não ser sentenciado criminalmente senão em virtude da lei anterior que declara puníveis o acto ou omissão; haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa».

Um escritor de tanta autoridade como Marcello Caetano, assim interpreta o princípio da estrita legalidade, não consentindo que se separem os dois elementos que temos procurado pôr em evidência. Escreve a este propósito: «o direito público moderno, nos países que adoptam o sistema constitucional, é dominado pelo *princípio da legalidade* segundo o qual as relações entre os indivíduos e o Estado estão sujeitas à disciplina da lei escrita anterior, que se impõe às autoridades públicas mesmo quando estas tenham sido autoras dela... A criação destes limites à defesa social (ou razão do Estado) é uma das conquistas mais apreciáveis do direito penal saído do movimento humanitário dos fins do século XVIII. Temperar o instinto de reacção do Poder contra os seus contraditores, fixando-lhes firme e serenamente a medida determinada pelo contemplação abstracta do malefício, é uma precaução sempre útil enquanto as funções do mando forem exercidas por homens com as inferioridades e fraquezas da humanidade. Os juízos terrenos são sempre falíveis e tanto mais quanto nos cega e desvaira o orgulho da força e a certeza da razão. Nunca se impõem suficientes peias morais e legais a quem tenha de decidir da liberdade, da honra e da vida dos cidadãos. A injustiça é o mais clamoroso dos pecados e a fonte de todos os males na ordem social... Só a lei pode qualificar um facto como crime; só a lei pode criar penas; só a lei pode estatuir as penas correspondentes aos crimes; só a lei estabelece os órgãos da jurisdição penal, deilmita a respectiva competência e fixa os trâmites processuais para o seu exercício».

2. O princípio de estrita legalidade foi realmente uma notável

conquista, sobretudo enquanto se refere à espécie de pena que se traduz em privar o cidadão do seu direito de liberdade física, porque durante séculos a prisão foi olhada não como pena mas como acto preparatório para a aplicação de outras penas. Segundo as conclusões de George Ives, a prisão foi, no pensamento moral de muitos povos e durante muitos séculos, um lugar onde se guardavam as pessoas até uma decisão definitiva sobre a pena que deviam sofrer. Constitui de certo modo um mistério explicar como é que a privação da liberdade física se passou a considerar como uma pena em si mesma, sendo interessante lembrar a explicação de Oswald Spengler, que filiaria o fenómeno no aparecimento de um moderno conceito do valor do tempo, mais ou menos coincidente com o aparecimento do relógio de pêndulo.

De qualquer modo, o princípio da estrita legalidade abrange a própria detenção como acto preparatório de uma decisão definitiva, e basta lembrar, nesse sentido, a influência que as célebres cartas de cachet tiveram na formação do clima emocional da revolução. Pode mesmo verificar-se uma evolução radical no pensamento jurídico sobre a detenção que, de puro acto preparatório para a fixação de uma pena, passou a ser considerada como um mal que sòmente por força das circunstâncias se admite em relação ao que não foi condenado por uma sentença transitada em julgado. A querela suscitada por tal medida é normalmente resolvida por soluções de compromisso, orientadas pelo princípio de que, até à condenação transitada em julgado, se presume a inocência do cidadão. O português Navarro de Paiva, expressando lùcidamente as dificuldades do problema, escreveu: «a detenção preventiva do presumido delinquente, posto que não seja uma pena, porque não a pode haver sem que tenha precedido um julgamento e uma condenação, é um sacrifício exigido em nome da segurança social, da salvaguarda do delinquente, do interesse da instrução do processo e da execução da pena. Se esta medida pode oprimir a liberdade de um inocente e causar-lhe grave dano material e moral, esta injustiça necessária, na frase de Emile Clober, é em muitos casos uma garantia para a sociedade ameaçada por novos crimes, a que pode abalançar-se o delinquente no estado de liberdade; a égide protectora do presumido delinquente, que no momento em que o crime é cometido pode ser vítima da excitação pública; um meio enérgico da instrução do processo, porque o cri-

minoso, no estado de liberdade, poderia aniquilar as provas, intimidar, corromper, ameaçar as testemunhas e combinar com elas os depoimentos que devem prestar; é finalmente uma garantia da efectiva execução da sentença condenatória».

Nas legislações modernas, racionalistas geralmente, o respeito pela liberdade física e o temor da injustiça guiaram os legisladores no sentido de admitir que até à condenação transitada se presume a inocência, e ainda no sentido de admitir como regra processual que «in dubio pro reo», regra que depois se deveria querer estender, equìvocamente, à própria interpretação da lei positiva. O princípio da estrita legalidade foi admitido nos textos constitucionais, mas os seus elementos essenciais, que destacámos, tiveram de sofrer uma adaptação imposta pelas circunstâncias. A igualdade de todos sob a mesma lei não teve dificuldades em obter a consagração plena que obtivera no momento repressivo, mas a intervenção judicial recebeu importante adaptação. Mas foi reputada indispensável, isto é, manteve-se como um dos elementos essenciais do princípio de estrita legalidade. Vejamos ràpidamente o porquê de tudo isto.

Admitindo o princípio de que a detenção deve ter, na base, um facto criminoso, logo se evidencia todavia que os interesses a satisfazer com a detenção — *que definimos como a sujeição física do cidadão à autoridade com o fim de prevenir ou permitir reprimir um crime* — podem exigir e exigem a privação da liberdade física num momento em que não se sabe quem é o delinquente, certeza que jurìdicamente só existe com a condenação transitada em julgado, e até mesmo antes de saber-se se o facto em causa é realmente um crime no sentido técnico.

Disto resulta que a causa da detenção não é efectivamente o facto cometido, isto é, um crime no sentido técnico, concebido como facto tìpicamente ilícito e culposo, mas algo diferente que reveste a natureza de um perigo objectivo. Na verdade, se examinarmos as disposições legais que nos códigos de processo penal se referem ao problema, verificamos que a detenção visa evitar o cometimento de novos crimes, a destruição das provas ou que o delinquente se exima à pena. A evidência desta causa da detenção resulta não apenas da circunstância de não poder jurìdicamente dar-se como certa a existência de um crime antes da sentença transitada em julgado, mas ainda disto: que se o regime jurídico das detenções tem, na

legislação positiva, como hipótese proeminente a de ter sido cometido um crime pelo detido, é também certo que se prevê um largo funcionamento do regime das detenções para hipóteses em que nenhum crime se verificou, como acontece por toda a parte ao desenhar-se a luta penal contra os associais.

Por isso a regulamentação jurídica das detenções é tão minuciosa e obedece à verificação de certo número de pressupostos, que apresentam uma dupla face: uns, são puramente pressupostos da legalidade da privação da liberdade física; outros, são, além disso, elementos do juízo de perigo objectivo em que se traduz a causa das detenções.

Assim, pelo que toca à primeira espécie de pressupostos, parece-nos dever indicar os seguintes: competência da autoridade em razão do território, das pessoas e da matéria; os segundos podem agrupar-se na expressão — conexão jurìdicamente relevante da pessoa detida com o resultado temido.

Pelo que toca aos primeiros, todos sabem que, fora da hipótese do flagrante delito em que as leis revelam a aceitação da doutrina dos funcionários de facto, dando competência a qualquer cidadão, existe uma distribuição territorial da competência, em que se baseia a primeira exigência feita para a validade de detenção; depois, o próprio melindre da averiguação do perigo objectivo em que se traduz a causa da detenção, faz com que, dentro do corpo de funcionários, só alguns, em certas matérias, tenham competência para ordenar a detenção, hipótese evidente na generalidade dos casos de detenção fora do flagrante delito, sem culpa formada; finalmente, o prestígio de que a lei entende ser necessário rodear certas funções, implica que os seus suportes apenas possam ser detidos por entidades especialmente qualificadas.

Quanto ao segundo grupo de pressupostos, notámos já que a regulamentação jurídica das detenções tem como hipótese proeminente a de ter sido cometido um crime pelo detido, primeiro elemento do juízo de probabilidade, mas é certo que se prevê um largo funcionamento do regime para hipóteses em que nenhum crime se verificou, recorrendo a lei a outros elementos base do juízo de probabilidade, designadamente o passado criminal ou a conduta moral da vida. Daqui resulta que entre o crime e o indivíduo tem de existir uma relação de imputação, verificada como no flagrante delito, ou

simplesmente assente num juízo baseado em indícios. Essa conexão é pressuposta e não exige demonstração quando a lei recorre à própria conduta da vida, abrangendo designadamente o passado criminal judicialmente verificado, a qualidade de delinquente perigoso, ou o exercício de certas actividades mais ou menos imorais, ainda que toleradas.

O facto de a lei recorrer, na hipótese mais saliente, ao cometimento de um crime como elemento base do juízo de probabilidade por meio do qual se afirma existente o perigo objectivo em que se traduz a causa da detenção, põe o problema de saber o que deve entender-se por *crime* nestas matérias, ou por delito ou facto punível, expressões que também são vulgares.

Como já incidentalmente dissemos, parece certo que não pode ter em vista o conceito de crime com base no qual funciona a lei repressiva — facto tìpicamente ilícito e culposo — porque só depois do trânsito em julgado da decisão judicial se tem por jurìdicamente verificado. Por outro lado, se pensarmos que a todo o homem do povo é lícito deter um cidadão encontrado em flagrante cometimento de um crime, teremos de admitir que não é o complexo conceito operante na lei repressiva que se teve em vista, porque não pode entender-se que as leis quiseram condicionar o cumprimento do dever de qualquer homem do povo por uma tão melindrosa apreciação técnica. Finalmente, o objecto da investigação e instrução é precisamente a descoberta e prova do crime, e se é na própria investigação e instrução que se torna necessária a detenção, somos levados a concluir que o conceito de crime, operante na lei repressiva, tem de ser depurado.

Procedendo a essa depuração, aparece-nos como limite máximo o da tipicidade do facto cometido, independentemente dos seus elementos de natureza normativa cuja verificação exige já minuciosa apreciação técnica. Na verdade, o facto de em princípio não ser admitida, fora do flagrante delito em que o facto típico aparece logo desenhado, a detenção sem culpa formada, convence-nos de que a exigência mínima é a de estar averiguado um facto típico, imputável ao detido. Exigir mais é impedir o funcionamento da lei num caso em que perfeitamente se descortina já o perigo que a detenção se destina a evitar, designadamente a destruição das provas; exigir menos parece-nos quebrar qualquer relação entre o conceito do

crime operante para a repressão e o conceito do crime cuja descoberta e prova é o próprio objectivo da instrução, ao mesmo tempo que se alarga indefinidamente o arbítrio da autoridade.

O primeiro elemento do princípio da legalidade sofreu portanto esta complexa organização, destinada sempre a evitar a injusta privação do «jus manendi, ambulandi, eunde ultro citroque». Mas, como se viu, a autoridade actua predominantemente na base de simples juízos de probabilidade, excepto quando a lei fixa «juris et de jure» o valor sintomático de certo facto, o que tudo mostra como a defesa contra o arbítrio não podia dispensar *garantias*, que são fundamentalmente as seguintes: certeza jurídica do paradeiro do detido, exigindo-se que a detenção se verifique em *local reputado idóneo* pela lei para esse fim, tudo com o objectivo de impedir a subtracção do cidadão à tutela legal; não existência de um *facto impeditivo*, como os privilégios ministeriais, da representação política ou dos interesses corporativos, as imunidades diplomáticas, e certas circunstâncias de tempo, de lugar ou de ocupação; não admissibilidade de um substitutivo, como a caução ou a fiança, meios menos onerosos que a privação da liberdade física de obter o abortamento do perigo objectivo que se teme; finalmente a sujeição a *actos confirmativos*.

Aqui, foi precisamente onde se introduziu o segundo elemento do princípio da estrita legalidade, porque os actos confirmativos pertencem à autoridade judicial, independente e livre. Fortes sanções penais acompanhavam a obrigação de apresentar os detidos em juízo em prazos curtos, dando-se mais uma vez validade à justificação de Montesquieu. A cúpula desta protecção encontra-se na fixação de prazos curtos da detenção até ao julgamento definitivo, sujeitos à vigilância oficiosa da judicatura. A constituição de 1822 dizia no art.º 124.º: «O Rei não pode (IV) mandar prender cidadão algum, excepto (1.º) quando o exigir a segurança do Estado, devendo então ser o preso entregue dentro de quarenta e oito horas ao juiz competente».

3. No rigor dos princípios, os três poderes do Estado deviam ser de tal modo livres e independentes que nenhuma interferência ou influência pudesse haver entre eles.

Particularmente pelo que toca à jurisdição, o problema dessa separação tomou especial acuidade na questão de saber se aos tri-

bunais competia averiguar ou não da legalidade das leis, problema nascido de se conceber jurìdicamente a constituição como norma das normas. No sentido negativo se pronunciou a Constituição francesa de 1791, título III, capítulo V, art.º 3.º, e também a de 1795.

Na sequência deste problema se encontram as tentativas para traçar uma tipologia do juiz, do funcionário e do político, preocupação que dominou alguns dos trabalhos de Sauer. Escreveu: «O pressuposto de toda a ética profissional com relação ao juiz é que ele mesmo aspire a enobrecer-se. Assim, a impessoalidade da sua actividade adquire um carácter pessoalíssimo. Não se compreende que um jurista de categoria de Savigny encontre motivo para prodigalizar grandes elogios aos juristas romanos no facto de os seus escritos manifestarem menos individualidade que qualquer outro género de literatura científica. Também o jurista é um homem de carne e osso, e não um esquema; deve compreender o caso do direito na sua individualidade — pois nenhum caso é igual a outro — e, por isso, deve adoptar em relação com ele uma atitude individualizadora, com abnegado amor pelo povo. Exteriormente deve mostrar uma atitude fria e prudente; o público, cujo desejo é que se faça justiça, não poderá deixar de ser sensível a esta atitude; e então desapareceria a deplorável desconfiança na administração da justiça pelo Estado... É um sacerdote do seu ofício, desse ofício que, aos profanos, parece quase sempre uma acumulação de formalismos sem sentido. Também é um homem estético, intuitivo e genial, pois não deve decidir rotineiramente, mas segundo a lei jurídica fundamental, e deve formular e realizar aquela harmonia entre os homens que nenhum código lhe pode descobrir».

Em relação ao funcionário dizia: «Como aqui o centro de gravidade se encontra do lado dos factos, tem de mostrar que possui as virtudes sociológico-históricas: exame sóbrio da realidade, do que é exequível, do que é conveniente num caso concreto; e, em especial, as virtudes políticas e também económicas; conhecimento seguro dos homens, adaptação aos factos invariáveis, cálculo dos meios aplicáveis, divisão e distribuição do trabalho, selecção das pessoas idóneas que precisa escolher e interessar na função, criar a melhor organização para conseguir o máximo rendimento do trabalho e espírito criador e da empresa, coragem e confiança em si próprio, habilidade e dinamismo em face das pessoas e das circunstâncias, benevolência

com o inferior, verdadeiro sentido social e, simultâneamente, certa presença, sugestão e autoridade para que as suas ordens se cumpram por convicção e não apenas pelo seu carácter imperativo».

Os juristas franceses inclinaram-se preferentemente no sentido de negar aos tribunais o exame da legalidade das leis, reclamando-se de uma inteira coerência com o princípio da divisão dos poderes. Mas os Estados Unidos da América do Norte deram em contrapartida um sólido exemplo de boa interpretação dessa divisão de poderes, encarregando o poder judicial de averiguar da legalidade das leis, baseando-se na circunstância de que tal actividade não implica uma interferência dos poderes, porque os tribunais apenas se preocupam com o caso concretamente submetido à sua apreciação sem de qualquer modo revogarem ou substituirem a lei em discussão. No continente europeu, o princípio foi muitas vezes admitido na legislação constitucional.

Vencido este problema fundamental da articulação dos poderes, só plenamente resolvido quando a própria actividade administrativa está sujeita à censura judicial, a independência judicial organizou-se numa série de garantias que não vale a pena enunciar, todas encaminhadas no sentido ideal do auto-governo, raras vezes completamente atingido. Na mesma linha de preocupações, o legislativo reservara o poder de formular exclusivamente as regras gerais de conduta com expressão técnica na Lei, tendo-se dado até a circunstância de na prática constitucional portuguesa se chamar ao governo de ditadura — governar por decretos-leis. Isto exprimia a rigorosa concepção da divisão e independência dos poderes.

Tudo isto, que tinha como objectivo a defesa da dignidade do homem, concebido como cidadão, sofreu por toda a parte os mais rudes ataques e violentas derrogações. Na Rússia soviética, durante os primeiros anos de regime, a fonte do direito penal foi sobretudo a chamada «consciência jurídica revolucionária», isto é, o arbítrio dos tribunais de que foram afastados os profissionais, constituindo-se com indivíduos treinados na luta contra a burguesia. O seu direito não era orientado pela concepção ética nem pelos princípios familiares da ciência jurídica dominantes no ocidente, porque se pretendia possuir apenas um instrumento de luta e de domínio.

O juízo da injustiça dos actos viu-se substituído pelo juízo da perigosidade de conduta, considerando-se perigosa toda e qualquer

acção ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado de operários e camponeses. O princípio «nullum crimen, nulla poena, sine legis», desapareceu, porque as leis já não são uma tábua de juízos morais que todos possam prèviamente conhecer e seguir. Quando, passado o primeiro ímpeto, se elaboraram leis, a analogia como fonte do direito penal destruiu completamente o princípio da estrita legalidade, como o conceito de acção perigosa, acima referido, destruira já o seu aspecto mais refinado da tipicidade.

A par disso, e não foi infelizmente um fenómeno tìpicamente soviético, desenrolou-se ao lado da actividade jurisdicional uma actividade puramente administrativa, oportunista e cega perante a justiça, cujas vítimas encontraram a consagração literária na figura dramática de Roubachov. Processualmente, e por ironia amarga, as modernas correntes negaram, até com base na estatística, a verdade e a conveniência de aceitar a presunção da inocência dos indivíduos até a condenação transitada e o princípio «in dubio pro reo», tudo no esquecimento de que a estatística não é a base das conquistas morais.

Nos países que têm procurado manter-se fiéis a uma concepção de justiça de modo que a lei não é nem deve ser um simples instrumento técnico de domínio e de combate, nem sempre pode dizer-se que os princípios confessados sejam escrupulosamente seguidos.

É evidente que a nítida separação do legislativo e do governativo desapareceu definitivamente, e que a velha expressão portuguesa — governar por decretos-leis — deixou de ser uma qualificação de regimes políticos para alinhar modestamente na linguagem reservada à classificação das fontes formais do direito.

Por toda a parte, uma legislação inspirada pela concepção do executivo forte descuidou o problema de saber como deve e pode evitar-se que a força seja injustiça. Pôde verificar-se que o Estado era solicitado para tudo, mas que se ocupava de tudo sem planos definidos, originando repetidamente o que foi chamado, com felicidade, o socialismo sem doutrina, que não passa muitas vezes do autoritarismo do funcionário de carteira. Tudo se regula, e os que se queixaram da tirania da lei foram felizes porque não conheceram a tirania do regulamento. Ripert, escrevendo inconscientemente o epitáfio da sua época, disse: «Em face duma tão estreita regulamentação, o homem pode ainda dizer-se livre pelo facto de a tirania que sofre ser a da lei? Sem dúvida o poder legal não exibe o nome de

tirania porque parece estabelecido no interesse comum pela vontade geral, e em todo o caso porque o arbítrio tem pouca ocasião de se manifestar. Mas pode o senhor ser justo, que isso não impede os súbditos de serem escravos. Existe uma servidão na obediência a uma ordem que não é voluntàriamente recebida e cuja utilidade se não compreende. O homem torna-se um ser sem iniciativa e sem reflexão, máquina que deve funcionar seguindo o ritmo estabelecido. Toda a irregularidade é uma infracção, todo o desvio voluntário é um crime. E desde que a servidão permanece e o pensamento se conforma à acção, o Estado torna-se totalitário e a sujeição é completa. Como é uma servidão legal, continua a dizer-se que o regime é democrático. É a hipocrisia da linguagem política».

O fenómeno da intervenção do Estado em todos os domínios da actividade não pode atribuir-se apenas à sede de poder que tem de reconhecer-se dominante em muitas partes: resulta também de os indivíduos se sentirem desamparados no mundo em que vivemos e por isso pedirem constantemente a intervenção do poder que vai ganhando aos seus olhos uma natureza mítica, apresentando-se como sujeito de uma confiança que foi um dos argumentos de Carr a favor da socialização.

Crescendo em atribuições, locupleta-se com todos os poderes e, tendo reclamado para si a faculdade de fazer leis, por toda a parte foi ràpidamente mais longe, usando e abusando das chamadas normas em branco e da faculdade de integrar as normas gerais dos decretos-leis por meio de diplomas emanados de grupos restritos do gabinete ou apenas de um dos ministros responsáveis. Tudo com perigo evidente de contrariar a unidade governativa e notável efeito desorganizador sobre o sistema jurídico. Ora, onde esta desorganização existe, o princípio da estrita legalidade não está seguro. E, na verdade, clara ou veladamente, sofre os mais violentos ataques: vimos por toda a parte declarar infracções por simples referência a normas em branco utilizadas de maneira defeituosa; decretar fortes penalidades com o aspecto técnico de «astreints» que se reputam fora do princípio da estrita legalidade, embora nada difiram das sanções penais na sua estrutura real; reclamar para verdadeiros órgãos administrativos o poder de julgar, como se a simples indicação de que certo órgão passa a constituir uma instância fosse suficiente homenagem ao princípio da legalidade e satisfizesse a necessidade da intervenção do juiz.

A par destes fenómenos de ordem interna, que além do mais têm o desastroso efeito de fazer perder à lei o sentido da regra justa para deixar apenas evidente o seu carácter de regra técnica fàcilmente substituível sem inconveniente, fenómeno impulsionado pelas circunstâncias anormais de uma economia misteriosa, vemos também actuar um fenómeno de mimetismo em face do regime soviético, como evidenciou Bedel Smith.

Pudemos mesmo ver, em nossos dias, uma solene assembleia de Nações consagrar por unanimidade a violação dos princípios mais sagrados por que lutaram, ao dar execução à sentença do tribunal de Nuremberg. Houve um tribunal, pôde mesmo invocar-se uma lei e, na dúvida, fazer apelo ao direito natural, mas esqueceram-se de que foi necessário definir na altura os crimes que iam ser objecto do pleito, com o que desapareceu o requisito essencial da tipicidade como elemento indispensável para a definição de uma infracção segundo o pensamento ocidental da estrita legalidade.

4. A par disto que acaba de expor-se e se filia directamente em confessadas ou dissimuladas preocupações políticas, a própria investigação científica, levada pelo entusiasmo das novas ideias, pôs em perigo evidente o princípio da estrita legalidade.

A crise da pena intimidativa como instrumento de luta contra o crime encontrou uma solução do seu processo evolutivo na formulação do critério da temibilidade, como lhe chamou Garofalo, ou da perigosidade, como depois se preferiu dizer. Não foi fácil assentar numa definição pacífica, e enquanto Crispigni a definiu como a capacidade de um indivíduo para tornar-se com probabilidade autor de um crime, sendo portanto, subjectivamente, uma qualidade ou tendência, uma atitude ou inclinação para delinquir; Petrocelli concebeu-a como um complexo de condições subjectivas e objectivas, sob a acção das quais é provável que determinado indivíduo cometa um crime.

Diremos incidentalmente, porque não é isto o que mais interessa ao nosso ponto de vista actual, que a diferença de formulações resulta apenas de uma falta de maleabilidade mútua na concepção das causas da delinquência e do papel do Estado. A relevância que Petrocelli dá aos factores exógenos, que todos reconhecem pertencerem em princípio à política social e à polícia, é justa porque a sua relevância

penal depende de uma questão de oportunidade política: é que a actuação do Estado sobre os factores exógenos não é ilimitada, e sempre que essa actuação não possa impedir que os referidos factores se reflitam em estímulos permanentes no carácter dos indivíduos, a oportunidade política pode levar a dar a esses estímulos um tratamento em tudo igual ao da perigosidade crónica.

O problema da perigosidade que mais nos interessa é, porém, o de saber qual é a sua natureza jurídica, pergunta a que cabem várias respostas porque pode ser formulada de vários pontos de vista.

O primeiro aspecto deste problema é o de saber se a perigosidade apresenta, como o facto crime, o carácter da anti-juridicidade, o que significa dizer que importa saber se para existir a anti-juridicidade é necessária a desobediência ou basta a contradição com os interesses jurìdicamente protegidos. O problema tem interesse porque a perigosidade, ao contrário da repressão criminal, vai permitir abranger na tutela penal indivíduos a quem falta a imputabilidade, de onde se pretendem derivar consequências diversas segundo a natureza da resposta dada ao problema formulado.

Segundo alguns, não há dúvida que o direito tutela interesses, mas pode dizer-se que essa é a finalidade do direito, pelo que esse elemento, sendo exterior à própria norma, nada nos diz acerca da sua definição. A norma, em si mesma considerada, é uma ordem, e daí resulta que a desobediência, sinónimo de anti-juridicidade, apenas é admissível da parte de quem a possa entender: por isso se diz que o inimputável — «non potest injuriam fecisse, quod sensu caret». A própria distinção entre ilicitude e culpabilidade, hoje fundamental na dogmática do crime, não teria senão um valor didático.

Daqui resulta que se a tutela penal abrange indivíduos que não podem entender o imperativo jurídico, sendo precisamente esse um dos objectivos procurados com a formulação do critério da perigosidade, nos encontramos num domínio onde não vigora, ou fàcilmente pode sustentar-se que não vigora, o princípio da estrita legalidade, que tem na base a possibilidade de uma relação de contradição entre a conduta humana e a regra jurídica.

É claro que a generalidade da doutrina, ao adoptar a distinção entre ilicitude e culpabilidade o faz no pressuposto de que são conceitos com razão de ser autónoma. Por um lado, apresentam-se como problemas lògicamente distintos os de saber — se um acto é contradi-

tório com os interesses jurìdicamente protegidos—e se o mesmo acto foi ou não foi praticado com a intenção de desobedecer a um imperativo; por outro lado, à autonomia lógica dos problemas corresponde a impossibilidade de conceber o imperativo jurídico sem a prévia valoração dos interesses colectivos e dos actos que se consideram injustos precisamente por ofenderem esses interesses. Evidentemente que nada obsta a que a lei, como regra geral, faça depender a anti-juridicidade da inseparável concomitância do ilícito e da culpa, devendo acentuar-se que nalguns sistemas jurídicos o assento tónico da anti-juridicidade estava precisamente na desobediência, fenómeno visível na circunstância de se omitir uma escala de penas, ou de se admitir uma escala de penas que não guarda qualquer relação com a gravidade da ofensa cometida. Salvo, talvez, no direito soviético, e no direito nazi, não é, porém, esse o caso do direito contemporâneo, e basta reparar na circunstância de que não se dispensam os inimputáveis, no direito civil, da restituição dos danos causados, para se ver que a lei supõe a distinção dos dois momentos, o valorativo e o imperativo.

Ora, estas diferenças de posição têm, como já dissemos, possíveis consequências muito graves sobre o princípio da estrita legalidade.

Quando os autores falam da anti-juridicidade da perigosidade têm normalmente em vista o estado perigoso do indivíduo, isto é, a sua tendência ou vocação para delinquir, a sua estrutura caracterológica, e logo discutem se tem natureza administrativa ou penal a norma em função da qual se emite o juízo da sua reprovação ou indiferença valorativa. Quer se sustente a sua indiferença valorativa, opinião que já afastámos, quer se sustente a natureza administrativa da norma em função da qual se emite o juízo de reprovação, está aberto o caminho para afastar um dos elementos fundamentais da estrita legalidade: o da intervenção jurisdicional.

Nomes prestigiosos, como os de Petrocelli, Allegra e Crispigni, sustentaram a natureza administrativa do juízo de reprovação. Basearam-se essencialmente na circunstância de a sanção correspondente ao juízo de perigosidade não ter natureza ético-retributiva, característica que consideram essencial para falar-se de uma norma penal. A consagração do seu ponto de vista, que é também uma consequência do seu ponto de vista, encontraram-na, processualmente, na circunstância de ter natureza de órgão administrativo o órgão

encarregado de emitir o juízo de perigosidade e aplicar a respectiva sanção.

Claro que, este ponto de vista, com tão penosas consequências, não foi sustentado, ou não o foi sempre, sem consciência de que a liberdade dos cidadãos ficava muito precàriamente defendida contra os abusos da administração: mas, pelo menos alguns, supuseram eliminar o perigo formulando um conceito de delito natural, de resto largamente controvertido, que tiveram a ingenuidade de supor que seria obedientemente observado pelo legislador. Quantos, dentre eles, pensaram que o chamado delinquente político poderia ser objecto de medidas de segurança?

Posta de lado por todos, podemos dizer assim, a possibilidade de definir o crime naturalìsticamente, os critérios estritamente jurídicos retomaram o seu prestígio, e importa por consequência ver em que medida a natureza penal do juízo da perigosidade pode ser afirmada, como o fizeram De Marsico, Sabatini, Ferri e Florian, por caminhos diversos.

O crime, enquanto facto tìpicamente ilícito e culposo, ou conduta contraditória com a lei, manteve em todas as legislações onde o acento tónico não foi deslocado para a desobediência, um papel muito importante, adiantaremos mesmo que decisivo.

Assim, e em primeiro lugar, qualifica a perigosidade, visto que esta é a probabilidade jurìdicamente relevante do cometimento de um crime, e este foi sempre e não pode deixar de ser uma entidade jurídica e não naturalística.

Por outro lado, evidentes razões de segurança que não podem ser ignoradas, e todas inspiradas na preocupação de defender a liberdade física contra o arbítrio da autoridade, implicaram a geral exigência da prévia condenação por um crime antes de poder intervir um juizo de perigosidade: por isso se diz que o crime é pressuposto da perigosidade.

Finalmente, a averiguação do carácter do agente e da sua concepção do mundo e da vida, obriga a recorrer a uma série de sintomas em que avulta como mais importante o próprio cometimento de crimes: por isso se diz que o crime é sintoma da perigosidade.

Mas supomos que é necessário ir mais longe e tirar a lógica consequência da impossibilidade de formular um conceito válido de crime natural.

Se o crime como entidade jurídica continua a ser o elemento fundamental e indispensável da justiça penal, não terá mais nenhuma função no capítulo da perigosidade? Lembramos que mesmo num projecto positivista, como o de Ferri, não foi dispensada a existência de uma tábua de tipos, que não constituem já a indicação dos factos puníveis, mas a definição dos factos, em função dos quais deve ser avaliada e qualificada a perigosidade. Isto porque, a perigosidade exige, como todo o juízo de perigo, uma qualificação, e nos domínios do direito criminal a qualificação não pode deixar de ser um facto jurídico, o crime definido pela lei.

Ora, é esse elemento indispensável para a formulação do juízo do perigo, que se não concebe senão por referência a um facto futuro e incerto na realização, que deve constituir a nosso ver o objecto de reprovação legal, enquanto imputado a uma personalidade perigosa.

Os factos criminosos imputáveis ao arguido, cuja prévia verificação é indispensável para que possa intervir um juízo do perigo, são, além do pressuposto exigido em nome da segurança da liberdade individual, sintoma dessa agressão provável, que pelo juízo de perigo se afirma prefigurada no agente. Deste modo, a perigosidade é um juízo de reprovação de um facto tìpicamente ilícito, prefigurado num indivíduo portador de uma personalidade tìpicamente perigosa. Assim, o facto típico injusto mantém-se como fulcro da organização legal, e constitui a base em que se unificam as teorias da prevenção e da repressão criminais.

Podemos então compreender a unidade que anima os sistemas jurídicos bipartidos que se generalizaram, e não pode recusar-se a natureza penal do juízo de perigosidade, precisamente porque a tábua definidora dos factos típicos é a mesma para a prevenção e para a repressão criminais.

Chegados aqui, surge lògicamente o problema de saber em que medida é conveniente, e lícito cominar as medidas de segurança, consequência lógica da declaração da perigosidade, sem intervenção judicial.

É preciso notar que o problema da intervenção judicial suscitado pela adopção do critério da perigosidade preocupou mais a doutrina no aspecto da execução das penas do que em relação ao momento declarativo. Talvez porque foi geralmente considerado de primeira evidência que no momento declarativo não poderiam suscitar-se

dúvidas sobre a necessidade dessa intervenção: mas isso não tem impedido que declarações de perigosidade, mais ou menos francamente declaradas na lei com essa natureza, estejam entregues a órgãos de natureza puramente administrativa.

Pelo que toca ao aspecto da execução das penas, não é senão justo lembrar que Röder, criticando a sentença de duração determinada, sustentava já todavia que a execução das penas não estava estritamente e suficientemente regulada na lei, que não aparecia o decreto do estatuto dos direitos e deveres do condenado, e sabemos como von Liszt levou a questão ao primeiro plano do interesse doutrinário.

O princípio da intervenção judicial pôde todavia ser atacado com aparentemente impressionantes razões de conveniência: como será possível que um juiz tenha um conhecimento exacto dos condenados, e possa averiguar com segurança a sua readaptação? O carácter dos condenados, a sua experiência da simulação, não serão constantes armadilhas de que a boa fé de um juiz habituado aos puros juízos de valor sairá mal ferida?

No fundo, é o problema dos tipos, que acompanhou o problema da divisão dos poderes, como dissemos, que ressurge, talvez inconscientemente, à luz da simples conveniência. E esta simples invocação de uma vulgar e pretensa experiência contraditória, pôde colocar em perigo evidente o princípio da estrita legalidade, quando a resposta não era difícil nem demorou.

Vargha, já em 1897 explicava a maneira de conciliar as necessidades com os princípios: reconhece-se que deve ser realmente difícil para o juiz penal acompanhar toda a vida penitenciária do condenado e averiguar, com verdade, dos resultados da readaptação; mas não é difícil entregar a juizes especializados essa vigilância, e o poder de decidir sobre a conduta dos condenados. Sòmente esses juizes poderão ordenar a aplicação de todas as medidas de tutela penal que tenham lugar depois da condenação, porque não pode deixar-se o indivíduo entregue ao arbítrio das autoridade administrativas. Os assistentes técnicos darão ao juiz a necessária informação nas matérias em que não possa nem deva ser especialista. Fórmula, a nosso ver, superior, do ponto de vista da legalidade, à criação de comissões do tipo preconizado por von Liszt, e sem que possa presumir-se qualquer diferença de rendimento entre ambas.

A querela administração-judicatura, em que tomaram parte Saleilles, Aschaffenburg, Freudenthal, Conti, Leroy, Franchi, e tantos outros, parece ter levado ao reconhecimento generalizado da necessidade da intervenção judicial, embora variem os autores no processo escolhido para dar eficácia ao princípio. Modernamente, Exner, embora preocupado com a especialização do tribunal, não duvidou fixar mesmo o pormenor da necessidade de recurso em casos determinados. Claro que não deve esconder-se a oposição feita à intervenção judicial, designadamente por Ludwig, que reputava suficiente garantia da legalidade a obediência à lei e a fiscalização das autoridades superiores, considerando até essa intervenção precisamente contrária ao princípio da divisão dos poderes.

O Congresso Penal e Penitenciário de Berlim, em 1935, embora realizado num ambiente pouco favorável ao poder judicial, resolveu o seguinte:

«1.º — É oportuno, em vista de uma reacção mais racional do organismo social contra a criminalidade, confiar sem reserva as decisões importantes indicadas pela lei, e respeitantes à execução das penas privativas da liberdade, quer aos juizes quer ao Ministério Público, quer a comissões mixtas presididas por um magistrado;

2.º — É conveniente realizar formas de organização adequadas para alargar a esfera de atribuições do magistrado, no que respeita à direcção e vigilância dos delinquentes condenados a uma pena condicional;

3.º — É desejável a especialização dos magistrados penais, e é desejável ainda, com o fim de etimular o seu interesse pelas questões criminológicas e penitenciárias, conceder-lhes o direito de visitar todos os estabelecimentos penitenciários e passar na medida do possível um período dos seus estudos em estabelecimentos importantes».

As excepções admitidas ao princípio da intervenção judicial, isto é, as modalidades consideradas equivalentes, demonstram suficientemente que não gozava de um respeito muito geral.

Mas no Congresso de Paris, de 1937, o princípio recebeu já uma consagração mais franca. A resolução tomada, foi do seguinte teor:

«1.º — O princípio da legalidade devia estar na base do direito penitenciário como está na base do direito criminal em geral, assim como as garantias da liberdade individual exigem a intervenção da autoridade judiciária na execução das penas ou das medidas de se-

gurança, devendo a administração penitenciária encarregada desta execução conservar a sua completa autonomia e a sua independência;

2.º — A intervenção da autoridade judiciária deve abranger uma atribuição de vigilância e um certo poder de decisão;

3.º — Esta missão de vigilância será regulada pela lei nacional; ela poderá abranger designadamente a fiscalização da aplicação exacta das leis e regulamentos nas prisões, especialmente em vista da realização dos fins das penas e das medidas de segurança na sua aplicação a cada condenado ou internado.

Poderá então ser exercida por um juiz designado permanentemente para esse efeito, ou por uma comissão de vigilância estabelecida junto de cada estabelecimento penitenciário, e compreendendo magistrados e personalidades qualificadas, interessadas pelas questões penitenciárias e pelo patronato dos libertados. Os membros desta comissão devem ser nomeados pela autoridade judiciária; deve ser presidida pelo magistrado de mais alta categoria que dela faça parte. Exerce a sua fiscalização por meio de visitas periódicas e objectivas dos seus membros; assina as verificaçõe feitas nos relatórios dirigidos à autoridade judiciária, que os transmite à autoridade superior.

4.º — É à autoridade judiciária que pertence decidir sobre qualquer medida que modifique o termo prefixado das penas ou as modalidades essenciais do seu regime.

A ela igualmente cabe decidir sobre a verificação, adiamento, modificação ou substituição das medidas de segurança, assim como sobre a prolongamento do internamento ou libertação dos indivíduos atingidos por uma sentença indeterminada.

A decisão deve ser tomada quer pelo juiz determinado por cada legislação nacional, que será tanto quanto possível o juiz que pronunciar a sentença, quer por uma comissão mista compreendendo um juiz presidente e duas ou mais pessoas escolhidas entre os médicos, advogados ou membros das sociedades do patronato. Os membros desta comissão devem ser nomeados pela autoridade judiciária e escolhidos preferentemente entre os membros das comissões de vigilância.

A lei deve indicar taxativamente as medidas que devem ser ordenadas pelo juiz ou pela comissão mista. Ela deve determinar as garantias jurisdicionais que devem acompanhar a decisão e que pode fazer variar com a gravidade da decisão a tomar.

A lei deve prever também casos em que a decisão será susceptível de um recurso e organizar este recurso quer para um juiz superior, quer para uma comissão central criada segundo as mesmas bases das comissões locais.

5.º — É aconselhável que os magistrados sejam associados à obra do patronato e de readaptação social dos condenados ou internados após a sua libertação. Nos países onde existirem comissões oficiais de patronato, um certo número de magistrados deve pertencer-lhe obrigatòriamente».

O princípio da intervenção judicial, reconhecido assim como válido no momento executivo da sanção, parece-nos impor-se ainda com mais evidência no momento declarativo. Na verdade, sempre se disse que o referido princípio tinha natureza predominantemente política, e é na constituição política dos povos civilizados que normalmente encontra a sua consagração; mas, como dissemos, encontrou a sua justificação científica em Feurbach, quando explicou que se a pena tem um fim de intimidação, então o ameaçado precisa de saber prèviamente porque é que o ameaçam e com o que é que o ameaçam. Mas precisamente porque o princípio é de natureza política e corresponde a preocupações muito importantes de defesa da liberdade física, isto é, do direito que se enuncia com a expressão «jus manendi, ambulandi, eunde ultro citroque», encontrando uma directa justificação na doutrina da divisão dos poderes, torna-se evidente que a intervenção do juiz é elemento muito importante do princípio da legalidade. Nem a doutrina política, nem a doutrina jurídica, deixaram de pôr em evidência esse elemento ao falarem de estrita legalidade.

E tanto importa que as sanções penais sejam penas como medidas de segurança, visto que ambas as medidas atingem a liberdade física que o princípio da legalidade defende, e ambas têm na base a reprovação do facto típico em que se traduz o crime, o que reconduz ao pleno âmbito do referido princípio o regime da prevenção e da repressão criminais.

5. De resto, muitas razões se conjugam no sentido de poder declarar-se quase inútil o princípio da estrita legalidade quando se lhe suprime o seu elemento essencial da intervenção judicial.

Já vimos que o conceito de crime natural, que para alguns, cons-

ciente ou inconscientemente, aparecia como limite suficiente de todos os abusos, não pôde ser formulado nem o poderá ser por contraditório com a própria natureza da valoração jurídica. Mas deve reconhecer-se também que a simples pré-definição jurídica, característica essencial dos sistemas ocidentais, não é em si mesma garantia suficiente contra o arbítrio, até porque a pré-definição jurídica encontra limites inultrapassáveis nas necessidades impostas pelos factos.

O sistema legislativo vive no pressuposto do acatamento da lei pelos cidadãos, e tem como regra que a sua ignorância não aproveita a ninguém, mas todos sabem que o número excessivo das leis, até o seu modo de publicação, lhe dão apenas uma publicidade fictícia. Função do executivo é procurar o cumprimento voluntário ou coercitivo da lei, e paralelamente evitar a sua violação. É uma função constante de tutela dos interesses jurídicos que não pode dispensar um avultado número de faculdades e poderes mais ou menos discricionários que integram a matéria de polícia, no seu aspecto mais importante. E se, como nota Hauriou, «a via ordinária, para a execução forçada das leis e regulamentos, se traduz na intervenção do poder judiciário que profere uma decisão sobre o litígio, de tal modo que a execução da lei ou do regulamento se transforma na execução de um julgamento», existem muitas matérias em que é necessário dar à administração o privilégio de execução prévia, ao menos a título provisório, matérias essas onde muitas vezes se encontra em perigo o «jus manendi, ambulandi, eunde ultro citroque».

Como já notámos, a regulamentação jurídica das detenções tem como hipótese proeminente a de ter sido cometido um crime, estabelecendo-se as respectivas regras nos diplomas que se ocupam da repressão da criminalidade, mas também se prevê um largo funcionamento do regime das detenções para hipóteses em que nenhum crime há para reprimir.

A doutrina, para servir as duas hipóteses, fala no perigo agudo e no perigo crónico da criminalidade, querendo referir-se, com a primeira expressão, àquele perigo que resulta de factores do ambiente, e, com a segunda, a um perigo de violação da lei que pode radicar-se em certos elementos de facto abstractamente formulados na lei e referentes a certo género ou conduta de vida.

A distinção tem efeito prático na organização das polícias, visto que as organizações policiais se distinguem em princípio pelo género

de perigo que se destinam a evitar: a polícia de segurança tem por objecto o perigo agudo, e a polícia judiciária tem por objecto o perigo crónico da criminalidade.

Assim, é função normal da polícia de segurança a vigilância pela manutenção da ordem e segurança pública, o que lhe acarreta o encargo da vigilância de todos os lugares públicos, vias de transporte, dos locais reputados favoráveis à eclusão do crime, etc. No exercício dessa função, pode tomar medidas que umas vezes se encontram tipivizadas na lei e outras são impostas pelas circunstâncias, mas que têm um carácter geral, isto é, não podem visar um cidadão concretamente individualizado. Todavia, todos vêem o perigo do abuso ou do erro, com a grave consequência do crime de desobediência que tutela a violação dessas medidas policiais e é fundamento para a detenção. Aqui vemos surgir, portanto, o perigo para a liberdade física, que apenas pode encontrar uma tutela adequada na necessidade de apresentação imediata do detido em juízo, para que, na serenidade do exame judicial, se decida o fundado ou infundado da medida policial e da sua consequência.

Mas, independentemente dessas medidas que começam por ser abstractas e gerais com o fim de tutelar o perigo do ambiente, mas fàcilmente resultam na privação da liberdade física, a ameaça de uma agressão iminente pode e deve justificar a intervenção policial, até com violação de privilégios e garantias reputadas importantíssimas em face da organização do Estado. O que chamamos factos impeditivos, como os privilégios da representação política ou diplomática, poderão evitar a intervenção policial, no caso de agressão iminente? Os simples princípios nos levam a responder que não, porque tais factos impeditivos não podem ser opostos à defesa privada, e a defesa pública, em que se traduz a intervenção policial, tem precedência sobre aquela. Mas, como há-de impedir-se o abuso, a violação do espírito dos poderes de polícia, o erro ou a malícia? Não se vê outra maneira segura senão a da intervenção judicial imediata para que serenamente se decida o fundado ou infundado da intervenção.

Por outro lado, a tutela do chamado perigo crónico da criminalidade, entregue já em princípio à polícia judiciária, não apenas por ter como objecto também algo de tão vago como é o conceito de perigo, mas por ter na base definições de conduta de vida necessà-

riamente vagas como a própria matéria definida, não é um campo propício a todos os abusos e a todas as perseguições? Como poderia ser dispensada a intervenção judicial para que, na serenidade do julgamento, ajudada pelos recursos da técnica e da experiência, decida o verdadeiro significado da conduta dos arguidos?

Mesmo quando, passando agora aos domínios da repressão, a intervenção policial tem na base o prévio cometimento de um crime, sabemos já que assenta sobretudo numa movediça base de indícios e juízos de probabilidade. É necessário demonstrar uma conexão jurìdicamente relevante entre o indivíduo e o facto cuja descoberta e prova é o objecto da investigação e instrução do processo; é necessário deduzir uma ameaça para a existência intacta das provas, ou que exista o perigo de subtracção ao cumprimento de sanção penal, ou ainda averiguar a probabilidade do cometimento de novos crimes. Tudo num momento em que pouco se sabe e tudo se investiga. Não é possível exigir da lei uma tão minuciosa regulamentação que não possam insinuar-se pelas suas malhas a imperícia ou o abuso. Apenas a intervenção judicial, serena, independente e experiente, pode constituir uma defesa para o cidadão.

Chegamos assim ao momento em que se torna evidente que o problema dos «tipos», que a doutrina ligou consciente ou inconscientemente ao da estrita legalidade, é realmente um dos seus corolários. Com a necessária observação de que, antes de um tipo de homem, se torna necessário fixar um conceito do órgão, como implícito e inseparável do princípio da estrita legalidade. Por isso reputamos de importância excepcional as investigações da escola egológica e de Couture, que terminava assim as saus lições feitas em 1949 na Faculdade de Direito de Paris: «Procurando ordenar num sistema de ideias os princípios básicos, radicais, em torno dos quais se agrupa toda a experiência acerca da função e atribuição do juiz, permito-me reduzi-los a três ordens necessárias: o da independência, o da autoridade, e o da responsabilidade.

O da independência, para que as suas decisões não sejam uma consequência da fome ou do medo; o da autoridade, para que as suas decisões não sejam simples conselhos, divagações académicas, que o Poder Executivo possa desatender a seu gosto; e o da responsabilidade, para que a sentença não seja um ímpeto de ambição, do

orgulho ou da soberba, mas antes da consciência vigilante do homem em face do seu próprio destino».

Depois disto, que as leis devem garantir, de tal modo que não pode dizer-se respeitado o princípio da estrita legalidade quando não estabeleçam clara e insofismàvelmente tais pressupostos, vem o problema do tipo de homem que deve eleger-se para a função de juiz, e que pode reduzir-se a esta expressão: que seja justo. A intervenção judicial, elemento fundamental do princípio da estrita legalidade, como supomos ter demonstrado, será então a mais forte garantia da mais sagrada das liberdades, que é o direito de andar na rua (1).

ADRIANO MOREIRA

(1) Comunicação apresentada no Congresso Luso-Espanhol para o progresso das ciências, em 1950.