

## PARA O ENQUADRAMENTO DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA (\*)

por José Vasconcelos Abreu

Advogado em Lisboa

Cabe-me hoje a mim, como membro da Comissão de estudo do instituto da prisão preventiva, fornecer alguns elementos para discussão do mesmo tema.

Diálogo necessário, direi mesmo imperioso, para que algumas conclusões sobre a actualidade e importância destes problemas possam ser evidenciadas e nos proporcionem uma tomada de posição mais esclarecida, como advogados, perante a Ordem Jurídica que nos rege.

O instituto da prisão preventiva, até aqui já objecto de duas conferências, tem sido abordado pelos aspectos mais salientes e susceptíveis de reparos da nossa legislação, de modo que para não cair no incómodo de repetir muitas coisas já ditas — e bem ditas — me pareceu do maior interesse abordá-lo noutra perspectiva: o do seu enquadramento.

Neste aspecto não procurarei acrescentar senão algumas opiniões pessoais, resultado sobretudo do que me fizeram pensar as profícuas discussões sobre a matéria, já aqui havidas.

---

(\*) Palestra realizada, como candidato à Advocacia, na Conferência Preparatória dos Estagiários de Lisboa, na Ordem dos Advogados, em 11 de Junho de 1964.

Entendendo a prisão preventiva como «privação da liberdade anterior à condenação penal transitada em julgado», logo se deduz a fundamental importância da regulamentação deste instituto, pois como diria um notável escritor actual «o problema capital da nossa época continua a ser o de conciliar a liberdade individual com a justiça social.» (1)

Embora as penas se tenham sempre traduzido numa limitação dos direitos individuais, nem sempre em nome dos mesmos valores se tem feito a justificação das mesmas.

Assim, para a visão penalista da escola clássica, tipificada em CARRARA, que assentava num conceito abstracto de justiça, a função punitiva possuía um carácter ético-jurídico, a pena não se fundava em razões utilitárias, de necessidade social ou de conveniência política.

Como sua importante consequência deparamos com a exclusão do sistema preventivo, dominado pelo princípio da utilidade.

Já para a escola positiva de FERRI o princípio ético ou de justiça é substituído pelo princípio da utilidade.

Ao conceito de crime sucede o de perigosidade do delinquente. Alguns vão mais longe, como VON LISZT, fazendo distinção entre responsáveis e irresponsáveis. Aos primeiros seriam applicadas penas, aos segundos medidas de segurança adequadas à sua perigosidade.

Só posteriormente, com a entrada em cena das escolas alemã e italiana, se produz a superação das doutrinas das escolas clássica e positiva e a admissão em Direito Penal dos dois sistemas: o preventivo e o repressivo.

Mas se todas as batalhas teóricas que os juristas travaram nos proporcionam hoje a possibilidade de formulação de um novo Direito Penal, pressupõem, contudo, uma evolução no conhecimento filosófico, uma percepção diferente da realidade, uma valoração distinta como razão última.

De facto, só com a filosofia contemporânea nós chegámos à

---

(1) ANDRÉ MALRAUX, em discurso pronunciado na Acrópole.

ideia do Homem, *ente* aberto para a existência, que se constrói a si e ao seu valor pelos seus actos.

É esta longa caminhada jurídico-filosófica que nos vai propiciar que os penalistas dêem um novo entendimento à culpa, entendida agora como «desvalor da personalidade do agente em consequência do seu acto». (2)

Assim se compreende como a culpa referindo-se à personalidade, continua a ser medida pelo facto.

Este mesmo conceito de culpa permite-nos descobrir e imputar um novo conteúdo material à ideia de ressocialização — entendida agora como reparação da culpa, que é o fim essencial da pena.

Mas não ficaram por aqui as consequências de este novo entendimento da pena. Assim, um novo marco é colocado quando os juristas nos vêm dizer que não basta que a pena seja reparadora da culpa para que se justifique a sua aplicação pelo Estado, não basta que a pena seja em si mesmo justa, interessa também e sobretudo a sua aplicação por parte do Estado.

Chegamos deste modo à conclusão de que, em última análise, da diferente perspectiva em que colocarmos a relação Estado/Indivíduo, obtemos a resposta adequada sobre a boa ou má aplicação das penas por parte do Estado.

Convém, contudo, fazer notar que se para resolver os problemas jurídicos-penais, não os podemos anquilozar do conteúdo da nova problemática das relações entre o Homem e o Estado, não é menos verdadeiro que, embora as teorias dos fins das penas adoptadas tenham sido divergentes, conseguimos desvendar uma doutrina comum no moderno direito criminal, desde BECCARIA, resultante da admissão do princípio restritivo.

Com ele entende-se que a pena só se justifica quando for

---

(2) JOSÉ CLÍMACO DE BRITO: *Lições de direito criminal*, I, pp. 71 e ss.

necessária, isto é, indispensável, tanto na sua existência como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil. (1)

Na linha preventiva de BECCARIA dirá LISZT «só a pena necessária é justa, a pena é um meio para um fim, ora a ideia de fim exige adequação do meio ao fim e a máxima poupança do seu emprego.

Não se pode conceber mais grave ofensa à ideia de fim do que o emprego perdulário da pena, do que a aniquilação das condições físicas, éticas e económicas de um cidadão, quando ela não for irrecusavelmente exigida pela necessidade da Ordem Jurídica». (4)

Já partidário de uma concepção retributiva da pena, MAYER não irá contudo dizer coisa diferente:

«A pena em si justa só está justificada na realidade quando é ao mesmo tempo exigida pela necessidade estadual.»

Mais adiante acrescentava:

«O homem só tem legitimidade para usar da justiça, quando e na medida em que o exige a prossecução dos fins necessários do Estado. Nomeadamente o Estado só se conserva dentro dos limites da sua missão, em conformidade com o Direito quando não emprega desnecessariamente o Direito Penal». (5)

Ora esta aceitação do princípio restritivo no Direito Penal, não se verifica apenas entre os doutrinadores de filiação polí-

---

(1) BECCARIA: *Des délits et des peines* (trad. COLLIN DE PLANCY), 2.<sup>a</sup> ed., 1823. «A pena deve ser essencialmente [...] necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas [...]» As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por natureza; e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano conserva aos súbditos» (cap. XV, de la douceur des peines).

(4) FRANZ VON LISZT, no seu famoso *Programa de Marburgo, Lições de direito criminal*, cit., p. 76.

(5) *Lições de direito criminal*, cit., p. 77.

tica liberal, como poderia parecer pela citação de BECCARIA, LIZT e MAYER.

A própria doutrina de filiação política anti-liberal aceita o princípio, e assim uma das suas resultantes, a máxima «*nullum crimen sine lege*» — e consequente proibição da analogia — está hoje consagrada na própria legislação penal soviética. («Princípios de 1958» arts. 3 e 7).

Não deixa de ter também interesse passar ao de leve sobre como, com a admissão do princípio restritivo, se realiza o fenómeno da prevenção geral.

Vejamos:

«Se as penas se traduzem numa limitação dos direitos individuais, o princípio restritivo obrigará a que essa limitação seja a menor que as necessidades da conservação e paz sociais consentirem. Haverá que adquirir em cada caso a convicção de que, se a sanção fosse suprimida ou reduzida, a ordem social poderia ser posta em perigo.» (°)

No entanto, o que passa a ser fundamental não é a efectiva punição de cada facto culposo singular, o que passa a ser decisivo é o facto de a jurisdição penal no seu conjunto contribuir para que se erijam *tábuas de valores* socialmente relevantes, que influenciem o comportamento de cada um de maneira a ser capaz de resistir aos estímulos criminosos.

Como consequência da aceitação do princípio restritivo em Direito Penal justificou-se também a organização de um *sistema de garantias* dos direitos do indivíduo frente às sanções criminais, para os defensores do pensamento individualista tendo como pressuposto a técnica da divisão dos poderes, para a doutrina socialista, através de um controle dos actos administrativos por assembleias eleitas.

Ora esse sistema de garantias, conteúdo de um «Estado

---

(°) *Idem.*

de Direito» em Direito Penal, procurou resultar da aplicação de 3 regras ou máximas:

- 1.<sup>a</sup> — não há crime sem uma lei, em sentido formal, anterior ao facto punível, que o descreva expressamente nos seus elementos constitutivos e comine uma pena descrita por lei;
- 2.<sup>a</sup> — a lei penal só pode ser aplicada pelos juízes competentes por lei;
- 3.<sup>a</sup> — ninguém pode ser atingido nos seus direitos senão em virtude de juízo legal.

Mas mais importante ainda:

Desde BECCARIA que se não justifica a restrição ao direito penal em sentido estrito e não também às outras sanções criminais em sentido amplo — *abrangendo medidas de segurança e prisão preventiva* — das garantias individuais resultantes do princípio restritivo.

Todo o novo espírito das sanções criminais nos mostra que só uma delimitação meramente formal é que poderá considerar sem razão de ser a necessidade dessas garantias, relativamente aos institutos mencionados.

Distinções formais, contudo, não nos devem interessar.

Mais uma vez a colocação da problemática Estado/Indivíduo não permite que uma preocupação séria sobre o princípio da liberdade individual não alargue as garantias a conceder ao Indivíduo, frente ao Estado, às medidas de segurança e prisão preventiva, abrangendo-as assim dentro do esquema de garantias reservado aos vários institutos penais.

Convém notar também que se num campo de princípios ou máximas nós vemos um entendimento comum resultante da admissão do princípio restritivo em direito penal, não deixamos contudo de observar uma subjacente infra-estrutura diferenciada de técnicas delimitativas em que se traduz esse mesmo princípio, resultado sobretudo de diversa fundamentação de pensamento.

Para as correntes individualistas o princípio restritivo tem o seu fundamento na tese do contrato social.

Com BECCARIA, VOLTAIRE, MONTESQUIEU, o indivíduo cede no contrato social apenas aquela porção mínima de liberdade que é indispensável à segurança das liberdades que não cede. Esta esfera de liberdade natural fora do Estado é um limite para as próprias leis positivas.

Há que afastar o perigo de o Estado usurpar abusivamente esses direitos e para isso se organiza o mecanismo da divisão dos poderes.

Influenciada por esta conceptologia a Declaração de Virgínia de 1776 reconhece, nesta linha, no seu art. 1:

«todos os homens são por natureza livres e independentes e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhum pacto, privar ou despojar a sua posteridade[...]»

E quando, em Março de 1789, os legisladores federais resolveram aditar à Constituição dos Estados Unidos 10 artigos, com os direitos e garantias dos cidadãos de toda a União, ali deparamos:

«toda a decisão tocante à vida, liberdade ou propriedade individual será precedida de um processo legal em forma; [...] a acusação a qualquer pessoa de ter cometido um crime será formulada com intervenção de um júri imparcial, proporcionará todas as garantias de defesa e permitirá instrução contraditória.»

ROUSSEAU, outro dos filósofos do iluminismo, dirá por sua vez: no contrato social opera-se a «alienação total de cada associado com todos os seus direitos à comunidade.» (1) Ora é essa «vontade geral» que se forma, que é a expressão da liberdade alienada, da liberdade de cada um.

A técnica já não é a divisão dos poderes, pois a soberania é individual e a «vontade geral» manifesta-se em cada acto do Estado.

Nesta esteira se vai encontrar a Declaração Francesa dos

---

(1) *Contrato social*, I, cap. 6.

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que reafirma na sua formulação o valor moral e jurídico do Homem.

As constatações atrás mencionadas indicam-nos duas concepções diversas da filosofia do iluminismo, que nos fazem deparar com dois modos diferenciados de entender a subordinação do Estado ao Direito.

Nas correntes de tipo socialista que então aparecem, procura-se sobretudo atacar o que chamam a mentira de um liberalismo apenas legal e sem conteúdo, de direitos individuais para todos apenas no papel, visto que eram só privilégio de alguns.

Mas, a par do seu carácter ofensivo, não deixamos entretanto de verificar a procura de estruturação de garantias individuais, esquematizadas na ideia de legalidade da sociedade socialista — que hoje vemos culminada nos Princípios fundamentais de 1958 da URSS.

O que entender por esta? Ouçamos as palavras de um professor de direito soviético:

«A ciência soviética entende por legalidade socialista uma observação rigorosa da Constituição Soviética, e das normas jurídicas que se difundem por todos os órgãos estatais, organizações sociais e particulares.

Essas normas exprimem a vontade do povo tal como é determinada pelas condições materiais da sua existência; essa vontade exerce-se no sentido da protecção do regime social e estatal soviético assim como dos direitos, liberdades e interesses dos cidadãos». (8)

Não só as formas e meios pelos quais se exprimia em direito a vontade dos trabalhadores, como também a sua participação activa na criação do direito constituíam uma garantia da legalidade para aquele professor, acrescida ainda pela acti-

---

(8) Na comunicação ao Colóquio da Associação Internacional das Ciências Jurídicas, realizado em 10-16 Setembro 1958, em Varsóvia (TCHIKVADZÉ: *Revue de droit contemporain* A. I. J., Junho 1959).

vidade dos órgãos estatais que velavam pela interpretação e observação do direito sobre todo o território da URSS.

A pedra de toque sobre a existência real da legalidade estava numa observação rigorosa da lei, e no facto da legislação conter as garantias dos direitos fundamentais do homem.

A legalidade socialista — dizia ele — não se limita a estatuir sobre as garantias formais da legalidade, dá antes maior importância às garantias materiais, sem as quais as liberdades democráticas são uma ficção.

Sobre a separação dos poderes, no mesmo Congresso de Varsóvia, o Prof. ARLT, em resposta a um professor dinamarquês — (Prof. ROSS) —, justificou o ponto de vista segundo o qual o princípio do poder único era bastante mais democrático e legal que o princípio da separação dos poderes, invocando a esse propósito a experiência alemã com o argumento de que o parlamentarismo não possuía virtualidades de defesa contra o nazismo (\*). Reportando-nos ao princípio restritivo em D. Penal nós vemos hoje nos Princípios fundamentais do processo penal da URSS, consignado:

art. 4. — ninguém pode ser inculcado senão por razões e segundo o processo previsto pela lei.

art. 6. — proibição da aplicação retroactiva da lei penal.

art. 7. — ninguém pode ser reconhecido culpado dum crime e condenado a uma pena senão através do julgamento dum tribunal.

Por sua vez, tanto as Constituições como as leis especiais, garantem ao acusado o direito de defesa, a inamovibilidade dos juizes e o carácter contraditório do processo.

Embora encontrando diferenças e elementos comuns, ao analisar comparativamente a legalidade tipo individualista e socialista, o Prof. ERLICH sublinhava, contudo, que a proclama-

---

(\*) *Idem*, p. 145.

ção dos direitos fundamentais do homem era indispensável à própria existência da legalidade <sup>(10)</sup>.

Ora o instituto da prisão preventiva, dado o fundamento último da prevenção — razão de utilidade — necessita pela sua função e possibilidade de utilização não jurisdicionalizada de um substracto jurídico alicerçado numa organização de poderes e deveres do Estado e do Indivíduo que garanta a ambos um equilíbrio de actuação dentro da realização do Bem-Comum.

A sua admissão resultou da conciliação do interesse particular, do respeito pela liberdade individual dos cidadãos, com o interesse público existente no prosseguimento de determinados fins processuais necessários à defesa da sociedade.

Dado que conduz a uma privação da liberdade impõe-se que seja em absoluto indispensável a determinado fim que sobreleve a importância e o respeito devido à liberdade individual <sup>(11)</sup>.

HELÍE atribuiu-lhe 3 objectivos:

- garantia de execução da pena
- meio de assegurar a instrução do processo
- medida de segurança contra a perpetração de novas infracções.

Receio de fuga, receio de perturbação, perigo de perpetração de novas infracções, correspondem às finalidades da prisão preventiva tal como se pode deduzir dos artigos 254, § 1.º, n. 2.º e 290, n. 2.º do C. de Proc. Pen. ao indicar a lei à autoridade competente os motivos que lhe permitem utilizar essa faculdade.

Temos por isso que distinguir, ao lado da conveniência da prisão preventiva para fins processuais, o efeito útil da prevenção da criminalidade, que acessoriamente resulta da própria privação da liberdade.

No entanto, como é um mal, necessariamente injusto sempre

<sup>(10)</sup> *Idem*, p. 144.

<sup>(11)</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA: *Curso de processo penal*, II, p. 162.

que afecta um inocente, explica-se que se deva substituir por um meio menos gravoso — a libertação mediante caução.

Contudo, embora só devesse usar-se este meio quando um ou outro de tais fins inequivocamente a impusessem, nós deparamos com o uso e abuso das faculdades que a lei concede às autoridades, levando o Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA a dizer que «quase sempre se considera a captura sem culpa formada como obrigatória, nos casos em que é obrigatória a captura com culpa formada, quando aquela é sempre facultativa» (12).

Fazendo uma distinção entre a prisão preventiva em sentido estrito e em sentido amplo, e considerando como fazendo parte do conceito da primeira toda aquela em que houve intervenção judicial, notamos que na nossa legislação, em vez de se procurar o funcionamento do instituto com as cautelas que os penalistas diziam necessárias — isto é

- só em certos crimes se admitir a prisão preventiva
- só certas autoridades a poderem ordenar
- admitir-se a sua substituição pela fiança e pelo termo da identidade
- combater-se o seu uso ilegítimo pelo «habeas corpus» e pela punição do abuso do poder —

nós notamos, na nossa legislação, dizia eu, um endurecimento legislativo quanto à privação da liberdade física dos cidadãos, pela promulgação de novos textos de lei ou modificação de outros, directa ou indirectamente relacionados com a prisão preventiva (13).

- Quer as alterações à redacção inicial do art. 254 do C. Proc. Pen. pelo dec.-lei 23 564 — que diz respeito à prisão sem culpa formada fora de flagrante delicto,
- quer a promulgação do dec.-lei 36 387 — que vem modificar os arts. 175 e 391 do C. Pen., 93, 401, 408,

(12) CAVALEIRO DE FERREIRA: *Ob. cit.*, p. 164.

(13) FERNANDO FABIÃO: *A prisão preventiva*, pp. 10 e ss.

411, 413, 433, 435, 458 e n. 6 do art. 646 do C. Proc. Pen. — já agora, exemplificando, o art. 175 do C. Pen. passa a dizer: «a condenação por crimes contra a segurança exterior ou interior do Estado acarreta a pena fixa ou temporária de suspensão de *todos* os direitos políticos, consoante tenha sido aplicada uma pena maior ou correccional [...]»,

- quer a concessão de novos poderes ao Executivo, como se pode ver pelo art. 4 do mesmo decreto que nos diz: «Além dos casos de aplicação pelas autoridades competentes das providências de liberdade condicional ou vigiada e de expulsão do território nacional a todos os indivíduos cuja actividade faça reccar a perpetração de crimes contra a segurança do Estado,
- quer a promulgação do dec.-lei n. 37 447 (que cria o Conselho de Segurança Pública e estatui quais as autoridades de Segurança Pública),
- quer o dec.-lei 39 749 — que diz respeito à organização, atribuições e competência da PIDE,

nos levam à constatação desse endurecimento legislativo. Aumentando os casos de prisão sem culpa formada e o número de autoridades com poder de prender, alongando os prazos de prisão preventiva ou deixando ao juízo discricionário dos captos a apreciação das condições da prisão — em todo o enumerado se nota uma orientação legislativa no sentido da restrição da liberdade física.

E o combate ao endurecimento legislativo pelo intérprete da lei, embora muitas vezes ele tenha em si uma grande dose de boa vontade, será demasiado ingénuo, quando pensa ser possuidor de uma grande arma de defesa, por a actividade accusatória ter de se haver desde logo com a presunção de inocência do arguido.

Embora se faça a coincidência do princípio da presunção da inocência do arguido com o princípio in «dubio pro reo», nem sempre a presunção funciona como couraça suficiente-

mente forte perante simples juízos probabilísticos ou hipotéticos de acusação.

Uma outra via de recurso contra esta evolução legislativa será a de inaplicação por analogia das normas restritivas da liberdade individual.

De qualquer modo, a fraqueza das vias de defesa do indivíduo comparada com o aumento de latitude dos poderes da autoridade, fazem-nos pensar duas vezes sobre se de facto a nossa legislação tem procurado garantir os direitos individuais dos cidadãos portugueses.

A nossa perplexidade, direi mesmo espanto, aumenta, se partirmos de um conceito de prisão preventiva como «restrição ou privação da liberdade física, ordenada pela Administração e que não vem a ser jurisdicionalizada.»

A ela nos referiremos, pois no início do nosso trabalho partimos do conceito de prisão preveniva como de «toda e qualquer privação da liberdade anterior à condenação penal transitada em julgado.»

A não separação dos poderes estaduais, o não controle jurisdicional dos actos da Administração por tribunais judiciais independentes, a crescente intervenção da Administração em nome de supostas necessidades colectivas, têm dado, consequentemente, poderes a essa mesma Administração que vão até à função policial de prevenção dos danos sociais, pisando assim terreno que se prende com a privação da liberdade física.

O Prof. ADRIANO MOREIRA, a propósito do fenómeno da intervenção do Estado diz-nos — ou melhor, dizia-nos:

«Crescendo em atribuições, locupleta-se com todos os poderes e, tendo reclamado para si a faculdade de fazer leis, por toda a parte foi rapidamente mais longe, usando e abusando das chamadas normas em branco e da faculdade de integrar as normas gerais por decretos-leis, por meio de diplomas emanados de grupos restritos de 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 de intervenção do juiz <sup>(14)</sup>.»

E diz-nos ainda o Prof. ADRIANO MOREIRA:

«A intervenção judicial na privação da liberdade física, se a judicatória é livre e independente, constitui o mais sólido baluarte da liberdade dos cidadãos.

É que a Administração, não obstante ser regida por leis, interessada e parcial como é, não pode seriamente ter a pretensão de competir com acerto com o poder judicial, imparcial e desligado de todo o oportunismo ou momentânea conveniência <sup>(15)</sup>.»

A privação ou restrição da liberdade física, por via administrativa, constitui as chamadas medidas de assistência e medidas de polícia, e o diploma fundamental nesta matéria é o dec.-lei 37 447, que criou o Conselho de Segurança Pública; contudo não deixam de ter interesse o dec.-lei 39 479 para a P. S. P., o dec.-lei 33 905 para a G. N. R., o dec.-lei 39 749 para

---

<sup>(14)</sup> ADRIANO MOREIRA: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 1v, n. 3-4, p. 156.

<sup>(15)</sup> *Idem*, p. 144.

a PIDE, os arts. 408 n. 1.º do C. Adm. para os Governadores Civis e o art. 80.º n. 1.º e 2.º do mesmo Cód. para os Presidentes de Câmaras.

Em todos estes diplomas, ao pautar-se a acção dos vários órgãos da segurança pública, designadamente na parte de definição de finalidades e atribuição de competência, consagra-se que estes órgãos da segurança pública podem tomar medidas restritivas ou privativas da liberdade física, que não vêm a ser jurisdicionalizadas.

É a administrativização do Direito processual penal no campo onde se joga a liberdade das pessoas.

E embora o legislador em alguns casos enumerasse e definisse as medidas e os casos em que se aplicavam, assim como as autoridades competentes para o fazer, noutros casos houve em que deixou ao critério destas a decisão sobre a necessidade e modo de intervenção.

Ora o dia a dia mostra-nos que os órgãos de segurança recorrem injustificadamente à detenção, refugiando-se no seu arbítrio e encontrando-se quase sempre defendidos, mesmo em casos de abuso, pela garantia administrativa, embora a demarcação técnico-legal dos limites dos poderes de polícia pelo Prof. M. CAETANO nos permitisse esperar que isso não acontecesse.

Mesmo a defesa da tese judicial sobre a garantia administrativa não deixa de nos mostrar a posição inatingível em que se encontra a decisão do Ministro do Interior; *quanto mais* se uma parte da nossa jurisprudência vai ainda pela tese administrativa.

Ficamos por isso reduzidos à esperança de um entendimento restritivo do art. 12 do dec.-lei 35 042, do n. 7 do art. 7 do dec.-lei 39 749, e do art. 6 do dec.-lei 37 447, quando se concede expressamente às polícias o direito de tomar todas as providências ou medidas necessárias dentro da sua competência preventiva.

Em relação às prisões efectuadas pela PIDE, a só possibi-

lidade de jurisdicionalização das respeitantes a infracções cujos processos são remetidos a juízo, e já que não deve ser considerada jurisdicionalização a confirmação da prisão a cargo do Director, é mais um dos caso de prisão — que pode prolongar-se por 6 meses, sem validação por parte dos Tribunais — em que as garantias individuais deixam de funcionar completamente (16).

Já agora lembremos outro:

A declaração do estado de sítio, imposto pelas autoridades militares, por razões de salvação pública, que só elas sabem quais são, constitui um outro golpe na liberdade dos cidadãos — mais grave ainda quando de facto se tomam as medidas que desse estado decorrem sem o mesmo ser declarado.

Embora, hoje em dia, se venha argumentar que o sistema administrativo é considerado cada vez menos um mero processo de realização do Estado da legalidade, segundo as directrizes da Revolução Francesa, antes ele mesmo uma forma de autoridade ou um poder ao serviço dos interesses sociais — RANELLETI dirá mesmo «o fundamento, o título da acção administrativa não está na legislação [...] mas sim na sua missão própria: satisfazer os fins, as necessidades colectivas» —, com mais agudeza se levanta o problema de saber se o pressuposto Estado de direito em sentido material, inerente ao princípio restritivo em Direito Penal se tem realizado entre nós.

Todos sabemos que num Estado de Direito em sentido formal o Estado é limitado pelo direito que cria. A técnica da divisão dos poderes é uma forma pela qual se procura garantir ao máximo a segurança dos cidadãos frente à Administração e ao Poder Judicial.

O cidadão conhecedor da lei sabe com o que pode contar, pois os direitos individuais só têm existência e protecção na medida em que a lei lhos reconhece.

---

(16) Nos termos do art. 9 e § único do dec.-lei n. 35 042.

No Estado de Direito em sentido material o Estado não está apenas limitado pelo direito que cria, está também vinculado à ideia de direito, a certa tábua material de valores.

A realização do Bem-Comum, constituindo o escopo, a própria razão de ser dos poderes públicos, e consistindo principalmente no respeito pelos direitos e deveres da pessoa humana, fazem-nos esperar que pela actividade, não puramente passiva mas dinamizadora, de reconhecimento, respeito, harmonização, tutela e promoção desses mesmos direitos pelos poderes públicos, nós cheguemos a concluir que as consequências do alargamento das inferências do princípio restritivo aos vários institutos penais só se atingirão num Estado de Direito em sentido material.

Nessa altura, não se porá o problema de utilização das faculdades legais para fins que não sejam a própria realização material da ideia de Bem-Comum.

Poderemos então falar de «primado do Direito» pois nessa altura «os princípios, instituições e processos serão sempre os essenciais e mais adequados para proteger o indivíduo contra um Governo arbitrário e para lhe permitir a fruição da sua dignidade de Homem» (17).

O respeito puramente formal dos direitos do indivíduo não basta.

Que vale a igualdade de direito — dizia ANATOLE FRANCE — a igualdade que interdiz, ao rico e ao pobre, roubar o pão e dormir sob as pontes? (18).

Hoje, quando as modalidades de perversa negação do Direito, são encobertas por apelos a justiça, liberdade, segurança social, legalidade, democracia, moral cristã, direito natural, etc. — hoje, digo eu, torna-se mais urgente uma actividade de desmistificação e clarividência, de modo a que não

---

(17) Noção analítica do primado do direito, que se encontra na Comunicação apresentada ao Congresso Internacional de Júristas de Petropolis *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, Dez. 1962, pp. 11-16.

(18) *Idem*.

se deixe de enunciar com exactidão o significado de tais termos.

Para isso o valor das Constituições em vez de diminuído necessita de ser exaltado — elas deverão ser sempre leis de garantias que pela sua limitação do poder político assegurem o primado do Direito.

A nossa Constituição, ao reconhecer como limites na ordem interna a Moral e o Direito, parecia querer assegurar o Estado de Direito em sentido material, pela subordinação a uma tábua de valores.

Contudo, de todos é conhecido o fenómeno geral de sub-valorização da Constituição, mesmo pela magistratura judicial.

Depois, a carta em branco em que ao fim e ao cabo ela se traduz em relação ao poder executivo, possibilitando uma actividade legisferante incontrolável por este, são prova suficiente do divórcio entre a realidade quotidiana politico-jurídica e a tentativa de princípios que ella procurou consignar.

Aliás, a enumeração de liberdades e garantias no art. 8 da Constituição, já que os direitos que se enunciam são sempre meras liberdades — na interpretação da moderna conceptologia de direitos e deveres — não nos permitem reconhecer na nossa Ordem Jurídica um sistema de proibições e comandos que imponham aos vários sujeitos e órgãos do Estado o dever de praticar actos que não ofendam os direitos individuais <sup>(19)</sup> <sup>(20)</sup>.

É nesta contextura que me parece que devem ser examinadas as garantias que a nossa lei concede contra as prisões ilegais.

E assim nós encontramos, no requerimento para apresen-

---

<sup>(19)</sup> Veja-se essa conceptologia, p. ex., na encíclica *Pacem in Terris*.

<sup>(20)</sup> O próprio exercício dessas liberdades é submetido à regulamentação de leis especiais nos termos do parágrafo 2.º do mesmo art. 8, o que dá possibilidade à lei ordinária de vir em atropelo à matéria constitucional, não permitindo assim uma infra-estrutura adequada a qualquer tentativa de princípios.

tação imediata do detido ao juiz da comarca (providência consignada no dec.-lei 35 043), no direito de resistência às prisões ilegais, no instituto do «habeas corpus» e na regulamentação dos crimes de abuso de autoridade, as vias frágeis com que em nome da liberdade individual se procura combater os abusos da autoridade.

Frágeis porque, dum ponto de vista legislativo, a primeira garantia da liberdade assenta precisamente na legalidade dos crimes e das penas e na irretroactividade da lei penal.

Frágeis porque antes se deveria pressupor a integral jurisdicionalização da matéria de privação da liberdade, e a força da própria jurisdição perante os outros poderes do Estado.

Frágeis porque para nós o que sobressai é a debilidade de um direito individual passivo/defensivo de resistência às ordens ilegítimas do Poder, pois se temos formalmente um direito consignado, mas não se lhe dá cobertura, é como se ele não existisse.

Já aqui foi focado o problema do «habeas-corpus». O seu carácter excepcional, e a prática do seu uso, são a prova do carácter precário da defesa que ele constitui para os indivíduos.

Toda esta inferência resultante do alargamento do princípio restritivo aos vários institutos penais, coadunável com a ideia de Estado de Direito em sentido material, fazem-nos ainda sublinhar que se este pressupõe o princípio da legalidade, não nos deve fazer esquecer que a ideia de legalidade deve ser completada pela de legitimidade da autoridade.

Já vai sendo tempo de terminar:

Cumpre-me, contudo, não deixar de salientar o valor que me parece possuir o combate dia a dia havido pelos advogados, que, interpretando a sua profissão não como um simples modo de subsistência, a perspectivam num certo ideal de vida e lutam por uma justa aplicação do Direito.

O facto mais inquietante no momento actual, será talvez o da própria abdicação das pessoas, a sua não crença intrínseca nos valores da Justiça.

A Ordem dos Advogados, os seus órgãos, os seus dirigen-

tes, não poderão ser responsabilizados por uma situação, cuja responsabilidade é de todos nós, e que aumentará na medida em que nos colocarmos num campo de indiferença.

Como quereremos nós que a Ordem ultrapasse o campo de defesa dos interesses dos seus membros, se nem para estes contribuímos?

A sua inserção actuante na Ordem Jurídica Portuguesa, a sua legitimidade na luta para uma promoção colectiva, que lhe advirá da promoção de certos valores espirituais, dependerá em última análise dos que nela estiverem inscritos.

Os advogados que constituem a Comissão de estudos do instituto da prisão preventiva, deram um exemplo que nunca será demais realçar e para eles vão as minhas muito sinceras homenagens.

O diálogo que vieram abrir com as novas camadas possibilitará que novos grupos de estudo sobre outros temas se venham a constituir.

A publicação das conclusões dos vários grupos de estudo, as sugestões interpretativas ou reformativas a formular a quem de direito, a consciencialização geral que o tratamento de vários problemas jurídicos actuais nos proporciona com estes diálogos, serão garantia plena da vivacidade e dinamismo que nos parecem estar reservadas aos organismos intermédios, na resposta às inquietantes preocupações que deverão estar em todos nós.

A acumulação quantitativa de transformações jurídicas, pode muito bem preparar uma mutação qualitativa-global na Ordem Jurídica Portuguesa, mesmo que estejamos convencidos que as mutações globais sejam os pontos de partida mais eficazes e rápidos.