

«A PRECARIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E OS DELITOS INCAUCIONÁVEIS» (*)

Pelo Dr. Jorge Tavares de Almeida

O problema que aqui introduzo e a cuja discussão proponho uma participação alargada, restringe-se à possível compatibilidade lógica e material entre a regulamentação jurídica da prisão preventiva, cujo acerto supõe a essencialidade da sua precaridade, por um lado, e a inadmissibilidade da caução por outro, ou mais exactamente do recurso a qualquer medida de substituição menos drástica, estatuída pelo legislador, «relativamente aos crimes puníveis com pena maior fixa, cometidos com violência, e bem assim relativamente aos crimes enumerados nos vários números do artigo 3.º do D.L. n.º 274/75 de 4 de Junho, na redacção introduzida pelo Art.º 6.º do D.L. n.º 377/77 de 6 de Setembro.

A questão enunciada como de mera coerência institucional, por isso que a prisão preventiva se traduz efectivamente numa «agressão», vem a desenvolver-se no núcleo fulcral de inevitável confrontação entre o Indivíduo, a Sociedade e o Estado.

Problema sempre actual de solução historicamente condicionada, vem-se equacionando, «desprovidencializada a justiça»

(*) O texto reproduz no essencial uma conferência proferida pelo autor, (Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), em 28 de Janeiro de 1982, no Salão Nobre do Palácio da Justiça de Coimbra, a convite do Instituto da Conferência, da Ordem dos Advogados.

na Idade Moderna e reconhecido o indivíduo «como ponto de partida autónomo da ordem social e política» (1), no pressuposto dum compromisso político ou momento de pausa no conflito, reflexo constitucional da pressão das ideias sociais sobre a essencialidade dos Direitos.

O que vai afirmado logo implica que qualquer solução aceitável só escapa à crítica na medida em que respeite e realize aquele compromisso, o que é dizer também que se aceite como transitória.

1 — A nossa primeira tarefa na pesquisa dos pressupostos condicionantes duma solução aceitável à questão enunciada será, por isso, desempenhada na determinação da esfera intangível da personalidade, isto é, daquele «minimum» necessário e imprescindível ao seu conteúdo, cujo não reconhecimento logo implica a não-existência da pessoa como tal. Afirmar que não conduz, a nosso ver, à admissibilidade duma qualquer ordenação supra-constitucional, limitadora do poder constituinte duma comunidade (2), ainda que vagamente enunciada em princípios normativos supra-legais, «que fundem ou legitimem a ordem jurídica e política» (3). Realmente entendemos como soberana a ordem constitucional positiva, pressuposta que seja a participação efectiva de todos os membros

(1) Vieira de Andrade, Direito Constitucional (Direitos fundamentais), sumários das Lições proferidas ao curso complementar de ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1977/78, edição policopiada, pág. 6: «Só então a *dignidade* que já dava ao homem um direito de resistência se transformava numa força espiritual capaz de *revolução*».

(2) Otto Bachoff, «Normas constitucionais inconstitucionais», Coimbra, 1977, prefácio à tradução portuguesa.

(3) Castanheira Neves, Questão-de-facto — Questão-de-direito, 1967 p. 572, «O sentido primeiro da ideia de Direito»; veja-se também «A revolução e o Direito» p. 116 e ss.; e Vieira de Andrade ob. cit. p. 23, «O direito de ser homem ou do Ser humano» não recortado directamente da natureza do homem, mas «enquanto projecção da ideia de homem na consciência constituinte da comunidade».

duma comunidade na definição desse projecto fundamental (4), por isso reflexo da maturidade dum povo, das concepções prevalentes num determinado tempo (5) e lugar, superadoras do conflito presente.

A afirmação desta perspectiva constitucional positiva não exclui, obviamente, e antes supõe toda uma tradição histórica que, em matéria de direitos fundamentais, muito ficou devendo à *Escola do Direito Natural*, na afirmação conjuntural de «direitos respeitantes ao homem pela sua própria natureza», «simplesmente revelados pela razão», erigida em estandarte na Revolução Francesa e, por isso, subjacente à Declaração (1791) (6), marcada pela época, ou seja pelo esforço de determinação duma esfera de imunidade à invasora e prepotente actividade dos órgãos do Estado na época do absolutismo (7); e, mais recentemente, à *perspectiva universalista*, que se vem generalizando, depois da segunda conflagração mundial, num esforço de reconhecimento de «direitos essenciais de todos os homens, em qualquer lugar, num tempo considerado». Perspectiva esta, que ultrapassa evidentemente o preconceito jusnaturalista, e na qual vai implicado todo o contributo da escola histórica, já que o direito essencial, cujo reconhecimento se quer generalizado, se admite condicionado por um tempo, seja afinal aquele direito cuja essencialidade a experiência dos povos vem revelando progressivamente.

A «consciência constituinte duma comunidade» não é estranha à sua época, constatação que, obviamente, não afronta a soberania por poder político constituinte (8).

(4) Não importando obviamente o deficiente exercício desse poder constituinte, às vezes nem sempre rigorosamente distinguido da sua efectiva titularidade. Cf. Canotilho, *Direito constitucional*, 1977, p. 197 e ss..

(5) Gomes Canotilho, ob. cit. p. 20 e ss., acerca da introdução do factor *tempo* na compreensão constitucional, e 35 e ss. sobre a rejeição do integracionismo.

(6) Decl. de Direitos de 1789, preâmbulo da Const. de 3 de Set. de 1791.

(7) De Cupis, *Direitos da Personalidade*, p. 18.

(8) No sentido do texto, Vieira de Andrade, ob. citada pp. 22 e ss..

Estamos muito longe duma «Constituição Política Universal», mas generaliza-se na consciência jurídica dos povos, um núcleo de direitos fundamentais cujo reconhecimento, por parte dos Estados, importa à comunidade internacional.

A esta perspectiva universalista dos direitos fundamentais aderiu o nosso legislador constituinte — quer *por via de recepção directa* — incondicional «das normas e princípios de direito internacional geral ou comum», Art.º 8.º, n.º 1 e n.º 1 do artigo 16.º — e «das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas» sob a condição de vincularem internacionalmente o Estado Português e após a sua publicação oficial, — quer *por via interpretativa e integradora dos preceitos constitucionais e legais* relativos aos direitos fundamentais, cuja fonte, nos termos do n.º 2 do art.º 16.º é a «Declaração Universal dos Direitos do Homem», que assim, para além «de ser direito interno recebido na medida em que consagra princípios de direito internacional geral ou comum, fornece também o quadro próprio de interpretação dos direitos fundamentais, os quais têm, nessa medida, de ser pelo menos compatíveis com ela» (9).

Não caberia, obviamente, no âmbito deste trabalho, a análise dos particulares preceitos constitucionais relativos aos direitos e deveres fundamentais, na extensão enunciada, mas tão só notar a garantia individual resultante do reconhecimento dum núcleo de direitos subjectivos essenciais (10) — e toma-se já posição contra as teorias negativistas — derivados, de forma privilegiada, do ordenamento positivo (assim se autonomizando dos restantes direitos subjectivos, chamados derivados ou adquiridos), cujo elenco mostra imediatamente a posição do indi-

(9) José Carlos Vieira de Andrade, ob. cit. pág. 19.

(10) No sentido de que se trata de verdadeiros e próprios direitos subjectivos, Adriano de Cupis, ob. cit. 1961, p.p. 15 e ss. Cf. ainda Cesarini Sforza, *Il Diritto Soggettivo*, in *Riv. IT. Scienze Giur.*, 1947, p. 181 e ss.; Ferrante, *Il Concetto di diritto Soggettivo ed alcune sue applicazioni*, 1947; Larenz, *Rechtsperson und Subjectives Recht*, 1935, p. 25 e ss.; Ripert, prefácio a Jonescu, *La notion du droit subjetif dans le droit privé*, pág. 7.

víduo no seio da sociedade, garantia afinal do individualmente intangível, e, como tal, limitador do próprio poder do Estado.

A regulamentação jurídica dum instituto de processo penal, como a prisão preventiva, cujo fundamento toca imediatamente aquele equilíbrio (Indivíduo-Sociedade), equaciona-se e resolve-se no conhecimento pressuposto da esfera individual essencial e intangível, limite da relevância ou prevalência de qualquer invocado interesse comunitário.

2 — O interesse fundamental servido no direito processual penal, enquanto complexo normativo regulador duma actividade complementar, residual ao cumprimento espontâneo e à eficácia da intimidação, dirigida à averiguação da existência real dos pressupostos jurídico-criminais, para lhes definir as consequências jurídicas a aplicar concretamente, é afinal o da prevalência do princípio da defesa da própria sociedade, diremos, «das condições essenciais de existência comunitária» ⁽¹¹⁾. Pressupõe, por isso, o processo, uma «intencionalidade normativa condicionante» ⁽¹²⁾, que a actividade processual, enquanto veículo dessa intencionalidade, justamente concretiza. O problema constante do processo penal resolve-se na definição e afinação dos «instrumentos» adequados à prossecução daquele interesse, isto é, analisa-se num esforço de realização daquela intencionalidade, sem descurar entretanto as limitações à prevalência desse mesmo interesse, sejam então, os direitos essenciais à pessoa enquanto tal. O que é dizer que, hoje, o princípio da defesa da sociedade se nos não impõe incondicionalmente,

(11) Figueiredo Dias, Lições de Processo Penal, 1.º volume, p. 59, fala do «*conflito* entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual», esclarecendo que ao «*interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de pôr-se limites — inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a dignitas humana que pertence mesmo ao mais brutal delinquente*», e ultrapassáveis «*mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afectadas na esfera das suas liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário*».

(12) Castanheira Neves, Lições de Processo Penal, ed. 1968, pág. 6 e ss..

como no período criminal denominado inquisitório, antes o seu conteúdo nos surge como a resultante duma intercepção que acautela justamente a liberdade e a segurança individuais, ou seja, releva como interesse prevalente «a defesa das condições essenciais de existência em comunidade», fórmula em que vai já pensada aquela garantia individual, na certeza de que se não defende uma comunidade no atropelo ou desrespeito daqueles que individualmente a constituem.

O critério da específica juridicidade do processo, há-de buscar-se, em última instância, num tempo determinado, à resultante constituinte, enquanto histórico esforço humano de conciliação da liberdade, — direito reconhecido a cada um de imprimir em comunidade à sua existência o caminho pretendido — e da ordem, ou pré-condição do reconhecimento desse direito.

Há-de buscar-se afinal àquele compromisso político que é a Ordem Constitucional, o que é dizer ordem nas condições da liberdade reconhecida.

Enfim, do que tratamos é de garantir a liberdade, mas também a sua possibilidade. A liberdade, direito de cada um e de todos, a pressupor por isso uma ordem fundamental (justamente o compromisso constitucional), condição de praticabilidade da liberdade reconhecida.

3 — Tudo o que dissemos a implicar então a definição duma arquitectura processual compatível com aquele plano director, expressão democrática da exigência fundamental de cada um e a cada um dos membros da sociedade, seja afinal e em síntese *o direito de cada um e de todos viverem em comunidade, realizando incólumes a sua personalidade.*

Exigência que o é também e imediatamente ao próprio Estado, limitando o seu poder, garantindo o individualmente intangível, ou seja, a esfera dos direitos subjectivos essenciais, cuja intangibilidade, «constitui o autêntico critério de um verdadeiro Estado de Direito» (13). O critério afinal do nosso legislador constituinte — (Artigo 2.º da Constituição) — assim

(13) Figueiredo Dias, ob. citada p. 59.

nos resolvendo o chamado «problema político do processo penal» que sintoniza, ao nível do processo, esse problema já referid das relações entre o Estado e o Indivíduo.

Não caberia, obviamente, no âmbito desta conferência, mais do que a consciência desta sintonia, historicamente comprovada pela conformação das estruturas processuais às concepções do Estado, exemplarmente revelada na regulamentação jurídica da prisão preventiva, desde a sua admissão mais ou menos incondicional nas concepções autoritárias do Estado, à sua ilegitimidade, na sequência da afirmação dos princípios processuais veiculadores do ideário do liberalismo.

Prisão preventiva que é um instrumento agressivo dessa arquitectura processual, buscando a sua fundamentação e critério na «prevalência do interesse na defesa das condições essenciais de existência comunitária» cuja tutela a torna, por vezes, indispensável.

Certo que este interesse se configura, como dissemos já, na garantia pressuposta das liberdades e direitos essenciais, que não surge a nosso ver afectada, se, e enquanto, a «agressão» for condição de efectividade dessa mesma garantia.

O critério da admissibilidade terá que ser então o da *necessidade da prisão*, naquele sentido de absoluta impossibilidade de por outro meio garantir as condições essenciais de existência comunitária.

Naquele fundamento — prevalência do interesse comunitário no sentido explicitado — e neste critério — *necessidade da prisão* — se inscrevem os fins, que esta medida se propõe realizar. Fins de cautela a dois riscos de sentido inverso, no equilíbrio dos vectores fundamentais, concorrentes à definição daquelas condições essenciais de existência, ou sejam, a defesa da Sociedade por um lado e a defesa do Indivíduo por outro.

Não surpreenderá, por isso, que se acautelem as vantagens da presença do arguido durante a instrução; o receio da fuga; da destruição de provas; da possibilidade de continuação da actividade criminosa e, simultaneamente, da possibilidade do arguido ser vítima da vingança pessoal do ofendido, duma multidão indignada ou manipulada, ou do próprio poder.

Mas naquele fundamento e neste critério, vai também implicado o imperativo da substituição da prisão por outros meios menos gravosos, sempre que se revelem aptos a assegurar os fins enunciados.

Imperativo subjacente à teoria dos meios de substituição da prisão, que se desenvolve nos nossos dias, e que naturalmente se projecta na determinação dos limites da pressuposição da necessidade, no sentido «de conditio sine qua non», da legitimidade da utilização desta medida» (14).

Dir-se-á que, onde for de admitir a prisão preventiva, essa admissibilidade resultará inevitavelmente duma cuidada ponderação, da responsabilidade exclusiva de autoridades com prerrogativas de independência, imparcialidade e objectividade, isto é, de magistraturas judiciais, no quadro duma regulamentação exaustiva, no que for considerado essencial, ao nível da própria Constituição.

Podemos falar, no sentido exposto, do reconhecimento da admissibilidade da prisão preventiva pela consciência jurídica universal, veja-se exemplarmente desde logo o artigo 9.º da «Declaração dos Direitos do Homem», e as disposições constitucionais relativas à privação preventiva da liberdade, na generalidade dos países do Mundo.

Seria ir muito além do objectivo deste trabalho a análise comparada desses textos fundamentais e da própria legislação ordinária, no intuito da determinação rigorosa duma dimensão universalista, assim participando daquele já notado esforço generalizante de «reconhecimento dos direitos essenciais de todos os homens em qualquer lugar num tempo determinado», por isso que também deixamos dito que essa perspectiva só nos importa na sua expressão constitucional positiva.

Sabido que a prisão preventiva é um meio coercivo que, se traduz efectivamente numa «agressão» fundamentada na pre-

(14) E. Correia, «La détention avant jugement», rapport présenté au VIII.º Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé (Pesara 1970), publicação do Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra, 1971, pág. 76 e ss..

valência do interesse na defesa das condições essenciais de existência comunitária, assume particular relevo o imperativo constitucional, inscrito nos n.ºs 2.º e 3.º do Artigo 18.º da actual Constituição da República, a saber:

Artigo 18.º:

n.º 2 — A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição.

n.º 3 — As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir caracter geral e abstracto, e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Imperativo fundamental!

O Legislador constituinte chama a si a competência exclusiva, na definição de situações «rectius», «casos» de restrição aos direitos fundamentais, permitindo à lei ordinária uma mera regulamentação complementar, geral, abstracta e rigorosamente condicionada pela «extensão e alcance do conteúdo essencial da disciplina constitucional».

O critério de «extensão e alcance do conteúdo essencial» de cada particular preceito constitucional, há-de buscar-se à economia da disciplina constitucional, que pode implicar uma tarefa interpretativa ou integradora nos termos já referidos.

De harmonia com este imperativo, e porque a prisão preventiva se traduz objectivamente na privação da liberdade, enquanto direito a todos reconhecido — n.º 1 do art.º 27.º —, impõe-se ao legislador constituinte, a previsão dos «casos» que, em seu entender soberano, podem justificar aquela privação, a saber, e posta de parte a hipótese aqui desinteressante prevista na al. b) do n.º 3 do art.º 27.º: o «caso» de flagrante delito» e o «caso» de fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior.

Impôs-se-lhe ainda, o reconhecimento da sua necessidade, no prazo máximo de 48 horas.

Inequivocamente neste sentido, a obrigatoriedade, no prazo referido, duma decisão judicial de validação ou manutenção da detenção (n.º 1 do artigo 28.º) subordinada à impossibilidade de recurso a qualquer meio de substituição, sejam a prestação duma caução, ou qualquer medida de liberdade provisória prevista na lei (n.º 2 do artigo 28.º).

A Constituição de 1976 — distanciando-se também aqui da generalidade dos textos fundamentais que conhecemos — eleva assim à dignidade constitucional as chamadas *condições materiais da prisão*, inscritas na consciência jurídica universal como expressão das ideias de *proporcionalidade* e *necessidade*, mas de conteúdo legislativo meramente ordinário⁽¹⁵⁾.

Referimo-nos a saber:

- 1) Aos índices racionais de culpabilidade, isto é, a existência de razões suficientes a uma fundada presunção de que a pessoa a deter seja o agente de uma determinada infracção.

Elemento que adquire expressão constitucional, pressupostas que são essas razões no «caso» de flagrante delito, e exigidas pela fórmula «fortes indícios» «no caso» da prática dum crime doloso a que corresponda pena maior⁽¹⁶⁾;

⁽¹⁵⁾ E nem mesmo se pode falar de unanimidade na fixação legislativa ordinária destas condições materiais de detenção. Em Inglaterra e País de Gales e em Israel, não têm expressão legislativa.

⁽¹⁶⁾ Recorde-se que «os índices racionais de culpabilidade» não obstante a sua inclusão doutrinária entre as chamadas condições materiais da detenção — (nem sempre, a nosso ver, de forma incriticável, enquanto confundidas com o próprio fundamento da prisão preventiva e, nessa mira, em contradição material com o princípio geral da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória) — nem sequer tinham expressão legislativa ordinária. No mesmo sentido, também em França, onde «Les graves présomptions de culpabilité» só vêm referidas por certas instruções ministeriais. Cf. Eduardo Correia, «La détention avant jugement», rapport général apresentado ao VIII Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, (Pescara, 1970).

- 2) À exigência duma certa gravidade, da infracção fortemente indiciada.

Ressalvado o «caso» de flagrante delito, exige o nosso diploma fundamental que, ao crime doloso fortemente indiciado, corresponda uma pena maior;

e

- 3) À verificação dos fins que a prisão preventiva se propõe realizar.

Sendo de notar, aqui, que se não preocupou o legislador constitucional com o elenco desses fins, cuja verificação logo legitimaria aquela medida, — tarefa que deixou ao legislador ordinário — preocupando-se com a necessidade, a um nível bem mais exigente, seja, condicionar a admissibilidade da prisão preventiva à impossibilidade de recurso aos meios de substituição legalmente admitidos para a realização desses mesmos fins.

Podemos então concluir pela consagração constitucional das chamadas «condições materiais da prisão», numa disciplina bem mais exigente que a geralmente admitida pela doutrina, e sem paralelo, mesmo ao nível da legislação ordinária comparada (17).

Exigência, explica-se, que resulta de não ter bastado ao legislador constitucional condicionar a admissibilidade da prisão preventiva, nos termos enunciados como geralmente admitidos — (ainda que a um nível meramente ordinário) —, mas ter ainda condicionado a verificação dos fins que a prisão preventiva se propõe realizar à impossibilidade de recurso aos meios de substituição, o que é dizer, afinal, que a precaridade da prisão preventiva tem consagração jurídico-constitucional positiva.

Concluiremos, então, que, exceptuando o caso de flagrante

(17) Confronte-se E. Correia, comunicação referida, *passim*.

delito, são condições materiais constitucionais da prisão preventiva, cumulativamente, e a saber:

- 1.^a — A existência de fortes indícios da prática dum crime doloso;
- 2.^a — A gravidade da infracção, indiciada pela fixação abstracta duma pena maior;
- 3.^a — E a insuficiência de liberdade provisória para a realização dos fins que a prisão preventiva se propõe realizar.

Com tanto se não bastou, todavia, — numa preocupação que nunca será de mais enaltecer — o nosso legislador constitucional.

Com efeito, entendeu ainda dar maior expressão constitucional ao princípio da necessidade da prisão preventiva, quer, a saber:

— designando a autoridade competente — (o Juiz) — para as decisões — por isso judiciais — de validação ou manutenção da prisão preventiva, e da eventual ilegalidade da prisão (requerida que seja a providência do «Habeas corpus»), presumindo qualquer delas o reconhecimento dum efectivo direito de contraditório, quer

— estabelecendo os prazos máximos de 48 horas e 8 dias, respectivamente, para aquelas decisões (n.º 4 do art.º 27.º, n.º 1 do art.º 28.º e art.º 31.º da Constituição).

Quer, ainda

— responsabilizando civilmente o Estado e as demais entidades públicas, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias (n.º 1 do art.º 21.º).

Finalmente foi dada expressão constitucional ao dever de comunicação imediata, a parente ou pessoa de confiança do detido, da decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação de liberdade (n.º 3 do art.º 28.º).

Neste quadro exaustivo de regulamentação, dir-se-á que o legislador constitucional apenas se desinteressou por dar

maior expressão às regras da *proporcionalidade* e da *necessidade*, ao deixar ao legislador ordinário a competência para a regulamentação da prisão em flagrante delito, a fixação dos prazos de duração da prisão preventiva, antes e depois da culpa formada, a regulamentação da sua execução e controle e, bem assim, das chamadas condições formais da detenção, ou sejam, as qualidades de validade e execução dos mandados de captura e a designação das entidades competentes para os emitir e executar.

5 — Não se pode entretanto ter por esquecido o imperativo fundamental enunciado, isto é: a competência complementar do legislador ordinário vem rigorosamente condicionada pela «extensão e alcance do conteúdo essencial da disciplina constitucional, em matéria de direitos fundamentais».

Em louvável entendimento do conteúdo fundamental acatelado por esse imperativo fundamental, prescreve o legislador ordinário — art.º 291.º do C.P.Penal — que a prisão preventiva só é autorizada quando cumulativamente se verificarem os seguintes requisitos:

- 1 — Perpetração de crime doloso punível com pena maior;
- 2 — «fortes indícios» da prática do crime pelo arguido;
- e
- 3 — insuficiência da liberdade provisória para a realização dos fins que a prisão se propõe realizar.

Enfim, a explicitação fiel das condições materiais da detenção, acrescentando apenas os critérios

- 1) da suficiência dos indícios a pressupor a comprovação efectiva da existência da infracção, e uma suspeita fundada da sua imputação ao arguido;
- 2) e da insuficiência dos meios de substituição a implicar em alternativa taxativa, e não meramente exemplar, a saber:
 - a) O fundado receio de fuga;
 - b) O perigo de perturbação da instrução do processo, mantida a liberdade do arguido;

(ou)

- c) O receio fundado de perturbação da ordem ou da tranquilidade públicas, ou da continuação da actividade criminosa, em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do delinquente.

É no pressuposto da verificação cumulativa destas «condições materiais da prisão preventiva», expressão das suas notas essenciais de proporcionalidade e necessidade, agora, enunciados os seus critérios mais rigorosamente explicitados, que tal medida pode ser decretada, por decisão judicial com prévio contraditório (2.º e 3.º do já citado art.º 291.º do C.P.P.).

Necessidade a implicar, ainda, a soltura do arguido ou acusado «sempre que se verifique não subsistirem os requisitos que a justificaram» (art.º 273.º C.P.P.).

Esta revogação da prisão preventiva, imperiosa, por insubsistência das suas condições materiais implicará ou não, conforme as circunstâncias, o recurso aos meios de substituição. Só que, como imediatamente resulta, esta segunda questão já não diz respeito à admissibilidade da prisão preventiva, mas antes à admissibilidade da mais adequada (circunstancialmente) das medidas de substituição legalmente admitidas.

Evidente será também que a revogação não impede uma decisão subsequente de continuidade — (a lei estabelece a unidade dos prazos) — no condicionalismo já referido para a sua admissão (art.º 273.º do C. P. P.).

Apesar de imperiosa — por insubsistência das «condições materiais da prisão preventiva» — a sua revogação e consequente soltura do arguido ou acusado, implica uma autêntica decisão judicial, submetida ao princípio do contraditório; daí que razões de praticabilidade imponham o decurso dum certo (ainda que curto) lapso de tempo entre a decisão de validação e as decisões subsequentes de manutenção ou revogação. Assim não fosse, e poderia o Juiz ver-se na obrigação de quase diariamente, se não mesmo diariamente, ter que decidir — em audiência contraditória — sobre a existência das condições materiais da prisão preventiva.

As invocadas razões de praticabilidade impuseram-se como critério ao legislador ordinário, ao estatuir que o reexame da «subsistência das condições pressupostas» «deverá ter lugar de três em três meses», oficiosamente, ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do seu defensor, decidindo-se em audiência contraditória recorrível (§ 2.º e 3.º do art.º 291.º, «ex vi» do art.º 273-A do C.P.P.) sobre manutenção ou revogação da prisão preventiva.

Na nossa afirmação vai implícita uma interpretação restritiva da disciplina estatuída no corpo do artigo 273-A. Com efeito entendemos que a decisão subsquente ao reexame, será exclusivamente de manutenção ou revogação da prisão preventiva, e nunca de substituição, como melhor explicitaremos.

Mas as invocadas razões de praticabilidade, — a implicar o reexame da situação do arguido nos termos expostos — poderão relevar do ponto de vista constitucional? Não se desrespeitará o imperativo constitucional enunciado, impondo ao arguido a privação da liberdade por um espaço de tempo — que pode ir até três meses — no qual já não subsistam as condições materiais constitucionais?

Não hesitaríamos, na frontal inconstitucionalidade desta disciplina, se o legislador ordinário não tivesse — que teve — a preocupação de acautelar a situação referida, e justamente pela medida excepcional da suspensão da execução da prisão preventiva, oficiosamente, ou a requerimento do arguido, do defensor ou do Ministério Público, «se através de outros meios for possível assegurar os fins que concretamente se visam realizar com aquela medida, nomeadamente mediante a prestação de caução, acompanhada das obrigações a que se refere o art.º 270.º, julgadas mais adequadas ao caso».

Medida excepcional, por isso, que não está sujeita àquele prazo, nem a uma decisão subordinada a contraditório.

Parece-nos já explicitada, e sem necessidade de mais delongas, a razão por que entendemos dever interpretar-se restritivamente a disciplina do artigo 273.º do C.P. Penal no sentido referido.

6 — E se é esta, no fundamental, a disciplina jurídica da prisão preventiva, ao seu nível essencial, constitucionalmente

assegurada, profundo reparo nos há-de merecer o Decreto-Lei n.º 377/77 de 6 de Setembro, pelo cumprimento, a nosso ver deficiente, do encargo, constitucionalmente imposto, de adaptar a legislação processual penal às regras mínimas em matéria de direitos, liberdades e garantias.

Hoje e aqui, essa crítica dirige-se exclusivamente à inadmissibilidade da caução, o que é dizer, afinal, por maioria de razão — do recurso a qualquer meio de substituição da prisão preventiva, relativamente a um determinado tipo de crimes, taxativamente arrolados.

No entender do legislador ordinário — confronte-se o preâmbulo do citado D.L. 377/77 de 6 de Setembro — «condições específicas e bem conhecidas impõem, na defesa da liberdade, segurança, tranquilidade e bens dos cidadãos», e no que respeita aos crimes arrolados, «a inadmissibilidade de caução quando a pena aplicada for a de prisão maior».

«Inadmissibilidade» na sua própria expressão «exigida» pela «vontade popular» (!!!)

Enfim, e desde logo, um legislador autocrático, buscando à sua consciência pessoal, incriteriosamente generalizável, que não à consciência constituída da comunidade, o critério daquilo a que chama «vontade popular».

E arrisca-o ao arrepio do imperativo constitucional enunciado.

Sendo o preâmbulo suficientemente elucidativo na intenção⁽¹⁸⁾ de prescrever a impossibilidade de recurso a qualquer meio de substituição, ou seja, no sentido de ao legislador ordinário bastarem como condições materiais de prisão preventiva, no que concerne aos crimes arrolados,

— a sua perpetração dolosa com punição abstracta em pena maior;

e

— «fortes indícios» da sua imputação ao arguido, admitindo-se autorizado a prescindir duma condição constitucional, seja a insuficiência da liberdade provisória para a realização

(18) Cf. o preâmbulo do citado D.L. 377/77, de 6 de Setembro.

dos fins que a prisão preventiva se propõe realizar, melhor dito, autorizando-se a prescindir da sua precaridade.

Não podemos hesitar na afirmação da inconstitucionalidade desta disciplina. Crítica cuja severidade colhe merecimento de ser intenção expressa deste legislador — de resto em obediência ao imperativo constitucional — a de «adaptar a legislação processual penal às regras mínimas em matéria de direitos, liberdades e garantias (19)».

A favor da sua constitucionalidade não colhe a argumentação de que o sentido da precaridade não é absoluto, ou seja, a Constituição apenas imporia a não manutenção da prisão preventiva «sempre que» — afinal «desde que» — pudesse ser substituída por caução ou por medida de liberdade provisória prevista na lei, deixando ao legislador ordinário o critério dessa possibilidade.

Com este entendimento, a inadmissibilidade de caução, — rectius — a imposição legal ordinária da prisão preventiva, para certos crimes, seria justamente uma situação de impossibilidade de recurso a qualquer medida de substituição.

Sabemos não ser esta, que nem sequer expressão literal encontra, a consagração constitucional do princípio da necessidade da prisão preventiva, por tudo o que já dissemos e aqui pressupomos. Note-se exemplarmente que, nesse entendimento, seria letra morta, sem qualquer conteúdo útil, a consagração constitucional dessa condição material, já que, aceitando-a subordinada ao critério do legislador ordinário, nada o impediria de ir alargando a seu bel-prazer o elenco dos delitos, que arbitrariamente classifica como incaucionáveis, a todos os crimes dolosos punidos com pena maior.

A garantia constitucional é no sentido de consagrar efectivamente o princípio da necessidade, isto é, condicionar a

(19) Intenção comprovada ao manter — nesse tempo de adaptação — intocado o artigo 282.º do C.P. Penal, na parte em que se refere à inadmissibilidade de caução, com o conteúdo específico — distinto da noção de desnecessidade e de insuficiência — de imposição legal da prisão preventiva».

admissibilidade da prisão preventiva, a uma criteriosa impossibilidade de recurso aos meios de substituição legalmente admitidos. Certo que não chamou a si o legislador constitucional o enunciado desse critério, entregando-o ao legislador ordinário, mas subordinando-o e não subordinando-se-lhe, por isso que lhe deixou apenas o elenco dos fins que a prisão preventiva se propõe realizar, como único critério compatível com o conteúdo essencial acautelado naquele n.º 2 do artigo 28.º, cuja extensão está também constitucionalmente garantida (Art.º 18.º, n.º 3, Const. República).

O que foi bem compreendido pelo próprio legislador aqui criticado, no desempenho da sua tarefa de regulamentação complementar, exemplarmente, no já citado e analisado artigo 291.º do Código do Processo Penal, cuja nova redacção foi justamente introduzida pelo D.L. 377/77 de 6 de Setembro.

7 — Independentemente da inconstitucionalidade que não pode recusar-se, sempre caberia o reparo crítico, ao nível da contradição material ordinária entre a disciplina proposta para o art.º 291.º do Código de Processo Penal, e a que propõe o artigo 3.º do D.L. 274/75, de 4 de Junho.

Na verdade não se vê como compatibilizar materialmente as duas disposições legais referidas, a não ser que se admita, que o D.L. 274/75, no seu art.º 3.º, efectivamente estabelece uma presunção «*juris et de jure*» de insuficiência da liberdade provisória.

8 — Não vislumbramos, por último, e em conclusão, que utilidade prática possa ter este preceito.

Na verdade se, como diz o legislador ordinário, o critério que presidiu à escolha do elenco taxativo das infracções arroladas no artigo 3.º do D.L. 274/75, de 4 de Junho, na redacção do D.L. 377/77 de 6 de Setembro, foi o «da sua excessiva gravidade» enquanto ofensa aos direitos fundamentais consagrados na Constituição ou inscritos na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁽²⁰⁾, sempre a prisão preventiva — independentemente dessa inconstitucional declaração de incauciona-

(20) Cf. o já citado preâmbulo do D.L. 377/77, de 6 de Setembro.

bilidade — se encontra legitimada, por insuficiência da liberdade provisória, já que a natureza e circunstâncias do crime e, ou, a personalidade do delinquente, não-de permitir um fundado receio de perturbação da ordem ou da tranquilidade pública, ou de continuação da actividade criminosa.