

## *A natureza da medida da prisão preventiva no Código de Processo Penal português*

*Ho Chi Un\**

A Constituição Portuguesa de 1976 qualificou a prisão preventiva como sendo de carácter excepcional. O artigo 28.º, n.º 2, na sua versão originária estabelece: “A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por medida de coacção menos gravosa.” Esta qualificação não tem sido alterada com as sucessivas revisões constitucionais, não obstante ter sido modificada a sua forma de expressão. Vejamos a evolução do preceito no seguinte esquema:

Constituição da República Portuguesa	O carácter da Prisão Preventiva
1976 (Aprovada em 2 de Abril de 1976)	“A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por medida de liberdade provisória prevista na lei (art. 28.º, n.º 2)”
1982 (RC/82-1.ª revisão constitucional) (Lei constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro)	O mesmo preceito mantém-se igual ao previsto na CRP de 1976.
1989 (RC/89-2.ª revisão constitucional) (Lei constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho)	O mesmo preceito passa a ter a seguinte redacção: “A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por outra medida mais favorável prevista na lei (art. 28.º, n.º 2)”
1992 (RC/92-3.ª revisão constitucional) (Lei constitucional n.º 1/92, de 25 de Novembro)	O mesmo preceito mantém-se igual ao previsto na CRP de 1989.
1997 (RC/97-4.ª revisão constitucional) (Lei constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro)	“A prisão preventiva <u>tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida</u> sempre que possa ser <u>aplicada</u> caução ou outra medida mais favorável prevista na lei <sup>1</sup> (art. 28.º, n.º 2)”

\* Mestre em Direito em Língua Portuguesa pela Universidade de Macau. Assessor do Gabinete do Secretário para a Segurança.

<sup>1</sup> “Este artigo ocupa-se fundamentalmente da dimensão *processual* da prisão preventiva... Essa dimensão processual visa garantir que: (a) só o juiz possa validar ou confirmar a prisão preventiva; (b) que esta só se mantenha se e na medida em que for necessária

Constituição da República Portuguesa	O carácter da Prisão Preventiva
2001 (RC/01-5. <sup>a</sup> revisão constitucional) (Lei constitucional n.º 1/2001, de 12 de Dezembro)	O mesmo preceito mantém-se igual ao previsto na CRP de 1997.
2004 (RC/04-6. <sup>a</sup> revisão constitucional) (Lei constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho)	O mesmo preceito mantém-se igual ao previsto na CRP de 1997.
2005 (RC/05-7. <sup>a</sup> revisão constitucional) (Lei constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto)	O mesmo preceito mantém-se igual ao previsto na CRP de 1997.

Apesar de o carácter excepcional da prisão preventiva apenas ter sido consagrado expressamente na revisão constitucional de 1997, podemos perceber a sua natureza excepcional, antes desta revisão, através da interpretação *a contrario*: a prisão preventiva só pode ser decretada quando qualquer outra medida se mostrar insuficiente. Por outro lado, a medida da prisão preventiva, porque mais lesiva dos direitos fundamentais, tem que obedecer com rigor ao princípio da proporcionalidade<sup>2</sup> ou ao princípio da proibição do excesso. No entanto, se analisarmos a evolução do regime legal dos pressupostos de aplicação da prisão preventiva, podemos concluir que esta opção clara dos constituintes não foi acolhida pelo legislador ordinário.

para satisfazer os interesses da justiça penal; (c) que o detido tenha oportunidade de se defender; (d) que a prisão preventiva não exceda prazos razoáveis. O perfil constitucional da prisão preventiva sublinha o seu carácter *excepcional, precário e temporalmente limitado*". Cfr. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra Editora, 1993, p. 189.

<sup>2</sup> "Foi a LC n.º1/82 que deu expressa guarida constitucional a tal princípio, embora já antes, não obstante a ausência de texto expresso, ele fosse considerado um princípio material inerente ao regime dos direitos, liberdades e garantias. O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: (a) *princípio da adequação*, isto é as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) *princípio da exigibilidade*, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornam-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; (c) *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa «justa medida», impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos." Cfr. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *op cit.*, II, 1993, p. 152.

Tomando a revolução de 25 de Abril de 1974 como ponto de partida para a delimitação das legislações relativas ao regime de prisão preventiva, não podem deixar de salientar-se, entre os quais, o Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro e o Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio: o primeiro tinha como encargo imposto pela Constituição: “adaptar a legislação processual penal às regras mínimas em matéria de direitos, liberdades e garantias”; o segundo constituiu a última grande reforma do processo penal antes da Revolução de 25 de Abril.

Numa visão comparativa, os pressupostos<sup>3</sup> previstos nestes dois diplomas são praticamente os mesmos: fortes indícios da prática de um crime punido com pena de prisão superior a 2 anos (1 ano no regime do Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio); insuficiência das “medidas de liberdade provisória” caracterizada por perigo de fuga; perigo de perturbação da investigação; perigo de perturbação da ordem pública; perigo de continuação da actividade criminosa (artigo 291.º do Código de Processo Penal, quer na versão de 1972, quer na de 1977).

Na verdade, a característica mais marcante da resistência do legislador ordinário (dos sucessivos legisladores) contra a opção dos constituintes consiste em manter o regime de “crimes incaucionáveis”<sup>4</sup>. Embora o Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro, já fizesse desaparecer qualquer referência aos crimes incaucionáveis do texto do CPP, deslocou, através de um procedimento tecnicamente sinuoso, a previsão da incaucionalidade para o Decreto-Lei n.º 274/75, de 4 de Junho, cujo artigo 3.º determinava a inadmissibilidade de caução relativamente aos crimes previstos no Decreto-Lei n.º 44939, de 27 de Março de 1963, que teve por objecto punir o furto do uso de veículos<sup>5</sup>. Assim, através do oblíquo expediente

---

<sup>3</sup> Estes são ainda hoje basicamente os pressupostos da prisão preventiva, tendo sido alterado apenas o requisito formal da moldura penal mínima exigida, que agora terá de ser superior a 3 anos de prisão, não constituindo excepções para o regime de Macau.

<sup>4</sup> Aqueles em que a prisão preventiva era obrigatória ou noutra perspectiva, insubstituível por imperativo legal. Com efeito, o artigo 291.º do CPP na versão de 1972 considerava “inadmissível a liberdade provisória, devendo efectuar-se a captura”, relativamente aos crimes puníveis com pena de prisão superior a 8 anos e ainda aos crimes dolosos puníveis com pena de prisão superior a um ano cometidos por reincidentes, vadios e equiparados.

<sup>5</sup> O mesmo articulado é posteriormente substituído por um novo catálogo de crimes incaucionáveis, começando pelos crimes puníveis com pena de prisão superior a 8 anos, entre os quais, o tráfico de estupefacientes.

do reenvio para um diploma avulso, o legislador manteve praticamente o regime de incaucionabilidade<sup>6</sup> que vinha do antigo regime.

No início dos anos 80, subsiste infelizmente a categoria dos crimes incaucionáveis, quando da aprovação do novo Código Penal, realizada com o Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, no seu artigo 6.º, n.º 2 revogou expressamente diversa legislação avulsa de natureza penal, de entre a qual se encontra o Decreto-Lei n.º 274/75, de 4 de Junho. Desaparecia assim a categoria dos crimes incaucionáveis, que constava, como vimos, do art. 3.º deste diploma. Contudo, o legislador reabilitou, antes da entrada em vigor do novo Código Penal (marcada para 1 de Janeiro de 1983), aquela categoria de crimes por meio do Decreto-Lei n.º 477/82, de 22 de Dezembro, cuja vigência foi precisamente simultânea com o novo Código Penal, consagrando uma lista substancialmente idêntica à anterior (crimes puníveis com pena superior a 8 anos de prisão e outros crimes do catálogo, entre os quais o inevitável tráfico de estupefacientes), funcionando assim o Decreto-Lei n.º 477/82, de 22 de Dezembro, como um elemento de «compensação», por agravamento processual, do abrandamento punitivo em sede substantiva<sup>7</sup>.

Por fim, a erradicação dos crimes incaucionáveis fez-se definitivamente na vigência do Código de Processo Penal de 1987, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, que revogou o Decreto-Lei n.º 477/82, de 22 de Dezembro. Agora, o legislador já não tem dúvidas e frontalmente assume a extinção da categoria dos crimes incaucionáveis. No entanto, alguns vestígios do regime anterior subsistem. Na verdade, o artigo 209.º, n.º 1 do CPP, na sua versão originária, dispõe que, relativamente aos crimes puníveis com pena superior a 8 anos e equiparados, o juiz deve, no despacho sobre medidas de coacção, indicar os motivos que o tiveram levado a não aplicar ao arguido a medida de prisão preventiva.

<sup>6</sup> Foi suscitado o problema da constitucionalidade dos crimes incaucionáveis. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira interrogaram-se sobre se não seria «excessiva e desproporcionada» tal medida. Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, nota ao art. 28.º, pag. 190.

<sup>7</sup> Mas a incaucionabilidade foi fortemente criticada doutrinalmente. De facto, vários foram os autores que publicamente denunciaram o carácter inconstitucional do Decreto-Lei n.º 477/82, de 22 de Dezembro, de que destacaremos João Castro e Sousa, Gil Moreira dos Santos, Figueiredo Dias e Mário Torres. Pelo contrário, a jurisprudência dos tribunais comuns assumiu a posição contrária, o diploma em causa obteve sucesso na fiscalização da constitucionalidade do Tribunal Constitucional.

Parace-me que esta disposição é extremamente estranha. Com efeito, a fundamentação das decisões judiciais que não sejam de mero expediente é uma regra geral (art. 97.º, n.º 4, do CPP), inclusivamente em sede constitucional (art. 205.º, n.º 1, da Constituição), sendo desnecessário portanto relembrá-la a propósito da aplicação das medidas de coacção. Tendo em conta o carácter excepcional e subsidiário da prisão preventiva, só teria sentido alertar o julgador para o dever de fundamentar a sua decisão que, ao arrepio desse princípio, decretasse a prisão preventiva. Tal norma traduzia uma declaração implícita de preferência do legislador pela prisão preventiva relativamente aos crimes aí especificados, o que não deixava de ser contraditório com a eliminação dos crimes incaucionáveis<sup>8</sup>.

Esse preceito apenas desapareceu com a reforma processual penal de 1998 (Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto), dispondo agora o art.º 209.º sobre matéria diferente, reforçando-se a obrigação de fundamentação da aplicação da medida da coacção, impondo-se a obrigação de “enunciação dos motivos de facto da decisão” (art. 194.º, n.º 3). O regime legal acabou por ser considerado conforme com o texto constitucional nesta matéria.

Mas o mesmo não acontece nos requisitos da prisão preventiva. Já atrás vimos que o Decreto-Lei n.º 377/77, 6 de Setembro, deixou efectivamente incólume o regime dos pressupostos de aplicação da prisão preventiva<sup>9</sup>, sendo a alteração mais significativa a elevação para 2 anos de

<sup>8</sup> Mas, existe, na doutrina, opinião diversa. Considera-se que o preceito “não estabelece” qualquer excepção ou limitação ao princípio da subsidiariedade da prisão preventiva nem estabelece qualquer critério quanto à escolha da medida em princípio aplicável aos crimes que prevê: limita-se, pura e simplesmente, a fazer uma adicional exigência de motivação, que não é exigida quando a medida considerada necessária for a prisão preventiva. Neste sentido, Castro e Sousa, «Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal», Jornadas de Direito Processual Penal-O novo Código de Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1989, pgs. 154. Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, pgs. 431. Pronunciou-se, porém, pela não conformidade do preceito com os princípios constitucionais da presunção de inocência e da subsidiariedade da prisão preventiva Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1990, pgs.263.

<sup>9</sup> Atentando na comparação dos pressupostos materiais de aplicação da prisão preventiva, antes e depois do CPP vigente, constataremos que eles se mantêm basicamente idênticos. São eles: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação da investigação; c) Perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas; d) Perigo de continuação criminosa. Esta continuidade normativa foi assegurada mesmo que se encontrasse a

prisão (anteriormente 1 ano, no regime do Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio) do limite máximo da moldura penal aplicável à infracção imputada ao arguido. Se analisarmos agora o regime do Código de Processo Penal de 1987, a lei actualmente vigente, verificaremos que a grande alteração, no que diz respeito à prisão preventiva, consistiu na elevação desse limite para 3 anos de prisão (art. 202.º, n.º 1, a), do CPP), elevação aliás imposta pela própria Constituição-art.º 27.º, n.º 3, a)<sup>10</sup>. É de salientar que as sucessivas revisões constitucionais que, em matéria de direitos, liberdades e garantias, sempre se orientaram por uma clara preocupação do reforço das garantias do arguido e da sua defesa, tenham mantido até hoje este patamar dos 3 anos, introduzido pela revisão de 1982, e que corresponde à criminalidade a nível médio<sup>11</sup> (de 3 a 5 anos de prisão de moldura penal).

É de notar que a Constituição de 1976 introduziu o princípio já citado – o princípio da excepcionalidade ou subsidiariedade da prisão preventiva. Além deste princípio, importa referir aqui um outro não menos relevante – o princípio da presunção de inocência previsto no art. 32.º, n.º 2 da CRP. Em nossa opinião, este princípio tem efeitos no estatuto processual do arguido, de forma que só considerações de ordem intra-processual podem justificar a prisão preventiva e nunca razões que extravasem o interesse do processo, visto que a prisão preventiva não é uma sanção, antes uma medida cautelar, ou seja, uma medida de defesa e protecção da funcionalidade do processo. Se se extravasar esse sentido cautelar, a medida adquire inevitavelmente um

---

ruptura política e institucional da revolução de Abril e no plano normativo, a Constituição de 1976.

<sup>10</sup> Há de assinalar um aspecto positivo: os requisitos de aplicação da prisão preventiva aplicam-se também às restantes medidas de coacção, com excepção do termo de identidade e residência, o que significa obviamente um reforço das garantias de defesa, pois a lei anteriormente não era tão exigente relativamente às outras medidas de coacção. Mas, do mesmo passo, essa opção de unificar os requisitos das diversas medidas de coacção, embora com ressalva do carácter excepcional da prisão preventiva e do princípio da proporcionalidade, acaba por “diluir” um pouco essa natureza excepcional. A prisão preventiva aparece com uma entre outras medidas aplicáveis, ficando, assim insuficientemente realçada o seu carácter excepcional.

<sup>11</sup> Esta opção constitucional de admitir a prisão preventiva também para a média criminalidade é reveladora da importância atribuída no ordenamento português à prisão preventiva enquanto arma de combate à criminalidade.

carácter punitivo, ilegítimo porque o arguido goza ainda da presunção de inocência.

Este princípio admite a aplicação de medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva, quando existe perigo de fuga ou de perturbação da investigação, porque a prisão preventiva visa acautelar os interesses e as finalidades do processo, funcionando portanto como medida cautelar. Mas já não quando visa prevenir a prática de futuros crimes idênticos ou de perturbação da ordem e tranquilidade públicas, mesmo que entendido este requisito como funcionando apenas quando haja o receio da prática de outros crimes, e não como medida de satisfação de exigências de alarme social. Só as considerações de prevenção poderão justificar a prisão preventiva se passarmos do domínio cautelar para o punitivo. Ou talvez até para o direito penal de segurança, pois a prisão preventiva visará então defender a sociedade contra a perigosidade revelada pelo agente.

A convergência dos princípios da excepcionalidade ou subsidiariedade da prisão preventiva e da presunção de inocência imporia um regime de prisão preventiva particularmente rigoroso, sendo mais adequado um regime normativo autónomo do das outras medidas de coacção, isto é, com requisitos de aplicação específicos e também com um especial regime de controlo, porque a única regra específica da prisão preventiva é a obrigação do reexame oficioso trimestral. Esta parece ser uma condição indispensável ao entendimento efectivo pelos operadores judiciários da prisão preventiva como medida excepcional.

Não se pode deixar de referir que o legislador português tem revelado reiteradamente ao longo do tempo um especial respeito pela prisão preventiva, tendo inclusivamente chegado a impô-la como obrigação relativamente a certos tipos de crimes, tornando assim regra a excepção. Mesmo depois de abdicar dessa obrigatoriedade, mantém forte pressão sobre os julgadores através de um regime “generoso” de aplicação desta medida de coacção que, em alguns pressupostos (perigo de continuação criminosa e de perturbação da ordem e tranquilidade públicas), contraria o princípio constitucional da presunção de inocência.

Como por exemplo, o legislador, através do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, enuncia no art. 54.º várias regras tendentes a facilitar a aplicação da prisão preventiva (ao determinar a aplicabilidade do já citado art. 209.º do CPP, entretanto revogado, como se viu, e ao estabelecer que o juiz deve “tomar especialmente em conta” o perigo da continuação

criminosa — n.º 1), a dificultar a sua revogação (ao obrigar o Ministério Público, quando ouvido sobre o reexame trimestral da prisão preventiva, a pedir informação actualizada à Polícia Judiciária sobre o arguido — n.º 2, e a prorrogar o respectivo prazo — n.º 3), ao dispor que é aplicável o disposto no n.º 3 do art. 215.º do CPP, que admite a prorrogação dos prazos de prisão preventiva no caso de especial complexidade do processo, regra esta que vem sendo entendida por alguma jurisprudência como dispensando o tribunal de, nos processos por tráfico de estupefacientes, fazer a avaliação e a declaração concreta da especial complexidade. Nestes termos, a medida de prisão preventiva é considerada como instrumento principal da estratégia da luta contra o tráfico de estupefacientes, deixando de ser medida cautelar para se converter em pena antecipada. O sistema penal mostra aqui a sua eficácia, uma eficácia perversa, porque conseguida à custa dos princípios básicos do processo penal e concretamente dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão preventiva.

Em jeito de finalização, parece-nos que o regime da prisão preventiva poderá ser alterado em seguintes vertentes no sentido de a sua aplicação corresponder aos princípios constitucionais a ele ligados: (a) a autonomização do regime da prisão preventiva relativamente às outras medidas de coacção, enfatizando o seu carácter excepcional e subsidiário; (b) a eliminação da admissibilidade da prisão preventiva na média criminalidade, ficando assim esta medida de coacção reservada para a criminalidade punida com pena de prisão superior a 5 anos; (c) um regime muito mais restritivo quando o fundamento resida no perigo de continuação criminosa ou no perigo para a ordem e tranquilidade públicas, o respeito pelo princípio da presunção de inocência imporá, no mínimo, que, por um lado, se exclua a protecção do mero “alarme público” e por outro, que só o perigo de lesão de bens jurídicos essenciais e através de condutas altamente danosas possa servir de fundamento à prisão preventiva, que deve ser sempre fundamentada evidentemente, num perigo concreto e actual, assente em factos.