

PRISÃO PREVENTIVA E O CONCEITO DE ABSOLVIÇÃO

Por Catarina Veiga Ribeiro()*

SUMÁRIO:

I. 1. A questão. 2. As balizas da Lei. 2.1. As expressões “*grosseiro*” e “*comprove que não foi agente*” da lei ordinária. 2.2. Crítica. 3. Defesa de outra dimensão normativa para o artigo 225.º do Código de Processo Penal. **II.** 4. Os casos de absolvição do arguido — o nosso entendimento. 4.1. A absolvição por inexistência da autoria imputada — a solução da lei. 4.2. A absolvição por aplicação do princípio do “*in dubio pro reo*”. 4.3. A nossa posição. 5. Entre o ser e o devir — Breves notas conclusivas.

I.

1. A questão

O art. 225.º do Código de Processo Penal, inserido no seu Capítulo V (Da indemnização por privação ilegal ou injustificada) estatui:

Artigo 225.º
(*Modalidades*)

1 — Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando:

(*) Advogada. Mestre em Direito.

- a) *A privação da liberdade for ilegal, nos termos do n.º 1 do artigo 220.º, ou do n.º 2 do artigo 222.º;*
- b) *A privação da liberdade se tiver devido a **erro grosseiro** na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou*
- c) *Se comprovar que **o arguido não foi agente do crime** ou atuou justificadamente.*

2 — *Nos casos das alíneas b) e c) do número anterior o dever de indemnização cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade.*

Tendo em conta este quadro legal e a realidade que se impõe, que contempla, como sabemos, situações em que o arguido que é preso preventivamente (por exemplo, sem verificação de erro grosseiro no momento em que a medida de coação é decretada) não vem a final a ser condenado em pena de prisão efetiva, caberá avaliar da dimensão normativa a que a letra do art. 225.º do Código de Processo Penal nos conduz no confronto com a Lei Fundamental.

Não é a primeira vez que escrevemos sobre este tema; fizemo-lo em 2004 e congratulamo-nos hoje por verificar que alguns dos possíveis caminhos que apontámos na altura se encontram vertidos, em parte, na versão do art. 225.º acolhida no atual Código de Processo Penal desde a sua aprovação pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

Continuamos, contudo, a atentar nas alíneas b) e c) do seu n.º 1 cujo texto permanece para nós suscetível de avaliação crítica. Dadas as duas condições que a lei nos aponta para que haja fundamento para indemnização (que o erro seja grosseiro e que haja a comprovação de que o arguido não foi agente do crime), necessariamente permanecem as seguintes interrogações:

Decorrerá obrigatoriamente da nossa Constituição uma interpretação do art. 225.º do Código de Processo Penal, segundo a qual, nos casos em que haja uma ulterior absolvição do arguido se defenda uma injustificação da prisão preventiva aplicada, dando direito a indemnização, mesmo que se constate uma formal licitude no momento da aplicação da prisão preventiva?

Por outras palavras, a prisão preventiva só é ilegal quando se enquadra no disposto no n.º 1 do art. 220.º e n.º 2 do art. 222.º do Código de Processo Penal ou também o pode ser aquela que, apesar de ser legal, quando aplicada, vem a revelar-se posteriormente *injustificada*, em virtude da absolvição do arguido?

2. As balizas da Lei

Vamos delimitar a análise em torno da alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º, perscrutando se poderá defender-se a inconstitucionalidade deste artigo que na sua letra não engloba *todas* as situações de absolvição do arguido.

Para responder à interrogação que formulámos, em primeiro lugar convém começar por salientar que a medida de coação de prisão preventiva, aliás como todas as outras previstas no nosso ordenamento, observados que sejam os pressupostos e comandos de que derivam a sua aplicação, quer legais-processuais, quer constitucionais, não confere *ab initio* ao seu destinatário qualquer direito de indemnização.

Se é certo que, nos termos do n.º 1 do art. 27.º, todos têm direito à liberdade, não é menos certo que este direito não tem carácter ilimitado, podendo ser afastado com a aplicação do instituto da prisão preventiva, cujo sacrifício se justifica pela existência legal de protecção de outro interesse geral mais premente com vista à realização cabal, do *ius puniendi* do Estado e à consequente satisfação de necessidades de justiça e de segurança sentidas pela comunidade.

Assim, a aplicação da prisão preventiva só dará lugar a indemnização, constituindo-se o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer, quando a privação da liberdade se dê contra o disposto na Constituição e na lei — cf. n.º 5 do art. 27.º da Lei Fundamental. E a lei ordinária estabeleceu — no n.º 1 do art. 225.º do Código de Processo Penal — que a prisão preventiva aplicada dará lugar a indemnização pelos danos sofridos com a privação da liberdade quando seja ilegal (alínea *a*) — por exemplo, nos casos de promoção ou decisão dolosa de um magistrado — ou quando, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependeu a sua aplicação (alínea *b*) — por exemplo, no caso de não haver fortes indícios da prática de crime doloso, ou ainda mais longínquo, parece-nos, no caso, por exemplo, de crime que não seja punível com pena de prisão de máximo superior a cinco anos e a este se aplique esta medida — ou quando se comprove que o arguido não foi agente do crime (alínea *c*).

Daqui resulta que a opção do legislador ordinário foi a de, para além dos casos de prisão manifestamente ilegal, só admitir uma prisão preventiva como injustificada no caso de se verificar erro grosseiro ou quando se comprove que o arguido não foi agente do crime. Não nos parece despicinda a escolha, pelo legislador, das expressões “grosseiro” e “comprove que não foi o agente” pois com ela se percebe que não basta só a verificação de **erro simples** (note-se os exemplos dados, ilustrativos de como é

difícil prever situações de erro que tenham cabimento na letra da lei...), como não bastará ser ***simplesmente absolvido***.

Relativamente a este último inciso esta intenção do legislador é devesas importante pois não ser agente do crime, não é o mesmo que resultar do processo *simplesmente* a sua absolvição, porque, como sabemos, a absolvição de um arguido pode ocorrer por duas ordens de razões: uma, a de o arguido não ser o agente do crime, outra a de se considerar as situações em que o arguido é absolvido em virtude do princípio *in dubio pro reo*, e logo não resultar provado que o arguido não é o agente do crime.

2.1. As expressões “*grosseiro*” e “*comprove que não foi agente*” da lei ordinária

Em consequência, a primeira crítica que formulamos prende-se com a letra do art. 225.º do Código de Processo Penal: numa matéria em que precisamente se visa tratar de uma reparação pela lesiva e ilegítima privação de um direito tão importante como o direito à liberdade, este artigo continua a revelar-se, em nosso entender, afunilador das possibilidades de demanda de indemnização pelo arguido, na medida em que exige que o erro que o aplicador do direito cometa seja grosseiro e que o arguido comprove que não foi o arguido o agente que cometeu o crime objeto do processo.

Duas exigências evidenciadoras de uma postura do sistema que parece pretender que o cidadão “pague” de modo definitivo com a liberdade a “eficácia” do sistema penal sem que ao Estado caiba parte do pagamento dessa “fatura” quer quando o erro não seja grosseiro — seja “simplesmente” erro (erro simples) — quer quando a absolvição não seja declarada senão por comprovação de que o arguido não é o agente do ilícito. Ora, medianamente claro se nos oferece permanecer⁽¹⁾ na perspectiva de qualificar de apertada a redação empreendida pois não se nos afigura justo e equilibrado que a petição do direito à reparação do arguido pela privação ilegítima da liberdade tenha que se construir — ou mesmo esgrimir — dentro de balizas restritas.

Acreditamos que mais justo e equilibrado se transformaria este normativo e maior reflexo do princípio da igualdade de armas que deve nor-tear todo o processo seria se exigisse apenas, por um lado, a linear verifi-

(1) CATARINA VEIGA, *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25, janeiro-março de 2004, p. 31, ss.

cação de erro simples e por outro, se o dever de indemnizar não resultasse apenas de uma das vertentes insertas no conceito de absolvição. É que estas exigências parecem excessivas quando o que está em causa é a reparação pela privação ilegítima da liberdade.

2.2. Crítica

Posto que está enunciado o conflito que temos com a redação da lei ordinária e adiantada parte da solução à crítica que lhe tecemos com a proposta de abolição do texto da lei da expressão “grosseiro”, mister é assim saber se a dimensão normativa do art. 225.º do CPP não deverá possibilitar uma interpretação que alargue o âmbito da norma da alínea *c*) aos casos em que o arguido — apesar de preso preventivamente — venha a ser absolvido **sem se comprovar que o arguido não foi o agente do crime**.

Não se responderá afirmativamente sem que logo se possam aduzir várias razões em contrário, expressão da defesa de argumentos, tais como o óbvio funcionamento da justiça, a óbvia e necessária aplicação da justiça penal, o óbvio e evidente pulsar do *ius puniendi* do Estado que se tem que aplicar, a óbvia e necessária eficácia do sistema penal na defesa da sociedade... entre outras. Todavia, e independentemente das reservas no encontro de uma solução, devido às dificuldades que a questão suscita, num pressuposto estamos certos, e será certamente dele que partiremos: o não menos óbvio, irrenunciável e inalienável direito à liberdade que, em direito criminal, vale para nós como direito primeiro e em face do qual se conjugarão todos os outros. Como refere Gomes Canotilho⁽²⁾ “*o cerne do problema consiste em saber quando é que o sacrifício da detenção ultrapassou a álea geral originando uma desigualdade perante os encargos públicos merecedora de reparação*”.

Pressuporá esta abordagem a sempre clássica questão da justiça da ponderação e concordância de valores e, neste caso particular, a resposta ao melindroso problema que se ergue ente Estado e cidadãos: em que medida e com que consequências é que a privação da liberdade em prisão preventiva de quem veio a ser absolvido (mesmo que não se comprove que o arguido não foi agente do crime) é justificada pelo interesse geral de realizar a justiça, defender a sociedade e prevenir a criminalidade?

⁽²⁾ *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Livraria Almedina, 1974, pp. 220.

Desde logo, em tese geral, se se optar por defender que o Estado deve indemnizar o arguido pelo tempo de prisão sofrida preventivamente — com o fim de atenuar, na medida do possível, um mal necessário, como o foi a prisão preventiva não seguida de condenação — conscientes estamos que tal posição contribuirá para desarmar a ação pública, talvez amolecer a justiça na aplicação deste instituto cautelar e, porventura, conduzir a uma diminuição de decisões de pronúncia acompanhadas da aplicação de prisão preventiva; se, pelo contrário, se optar por não indemnizar o lesado nas situações identificadas, verificamos que estamos a dar de barato o direito à liberdade e a sacrificá-lo, sem qualquer compensação *a posteriori*, expropriando o arguido de um direito fundamental.

Vejamos então:

3. Defesa de outra dimensão normativa para o artigo 225.º do Código de Processo Penal

Ponto inegável é — como bem referiu a Conselheira Fernanda Palma, no voto de vencido que lavrou no referido Acórdão n.º 116/02 do Tribunal Constitucional⁽³⁾ — o de ser “*uma opção constitucional indiscutível a que se relaciona com a resposta à questão de saber se o artigo 225.º do CPP seria inconstitucional por não contemplar todos os casos possíveis em que o arguido venha a ser absolvido (...)*”, ou seja, a não previsão dos casos em que se verifique a “*injustificabilidade da prisão preventiva constatada a posteriori (...)*”.

Assim, “*se a uma tal medida coativa sobrevier a absolvição do arguido, poderemos continuar a afirmar que valeu a pena semelhante privação total da liberdade? Poderá o Estado deixar o lesado sem reparação?*”⁽⁴⁾. A questão terá que se colocar num Estado de Direito democrático e social ou, pelo menos, num Estado de Direito que se quer democrático e social.

Devemos neste momento precisar que apenas nos estamos a cingir, no presente texto, aos casos de absolvição a final do arguido, em audiência de julgamento, porque foi esse o objeto do trabalho que identificámos no início destas páginas (a prisão preventiva, formalmente lícita e legal aquando da sua aplicação ao arguido, mas que, a final, venha a revelar-se

⁽³⁾ Vide *Diário da República*, II Série, de 8 de maio de 2002.

⁽⁴⁾ JOÃO AVEIRO PEREIRA, *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra Editora, p. 106, ss.

“injustificada”, porque o arguido veio a ser absolvido após a realização da audiência de discussão e julgamento, deve ser objeto de indemnização por parte do Estado?); o que não significa que não haja e que não consideremos de igual importância outras situações que a lei não contempla e que resultam, igualmente, sem proteção indemnizatória e como tal causadoras de danos na esfera jurídica do arguido⁽⁵⁾.

Não é certamente fácil afirmar que um arguido preso preventivamente mas que a final venha a ser absolvido deva ser indemnizado pois não resulta da lei, com clareza, uma noção de prisão preventiva manifestamente ilegal, mas apenas, e quando muito — como defende a mesma professora⁽⁶⁾ —, “*um núcleo essencial da ilegalidade ou injustificabilidade da prisão preventiva de acordo com os parâmetros constitucionais*”, pelo que “*não é óbvio que uma prisão preventiva seja injustificada a posteriori — apesar de ser ex ante absolutamente legal e fundamentada*” — se o arguido vier a ser absolvido.

É evidente que a aplicação da prisão preventiva, antes do apuramento em definitivo da verificação do crime e da respetiva sanção, reside na não possibilidade de um juízo imediato sobre os factos, num momento em que cumpre assegurar interesses essenciais à boa administração da justiça, prevenindo os inconvenientes que resultariam ou da perturbação da investigação, ou da continuação da atividade criminosa, ou da fuga do arguido (como impõe o art. 204.º do CPP). Mas, a partir do momento em que esta medida concreta contende com o direito à liberdade pessoal (o qual figura no elenco dos direitos, liberdades e garantias) e se verifique que a sua privação redundou, por variadíssimas circunstâncias ou vicissitudes processuais, numa violação a posteriori, será constitucionalmente justo um juízo e, conseqüentemente, justa uma interpretação do art. 225.º do Código de Processo Penal que restrinja as hipóteses de indemnização, por privação da liberdade, nos casos de absolvição, quando apenas neste conceito se considerem os casos em que o arguido comprove que não foi agente do crime? Não deverão ter-se em conta também as situações em que o arguido é absolvido em ordem ao princípio do *in dubio pro reo* decorrente da não imposição da acusação e que acarretou a absolvição do arguido com sentença transitada em julgado, depois de produzida a prova em julgamento?

(5) Nomeadamente os casos em que se verifica, apesar de o arguido ter sido preso preventivamente ou a prescrição do procedimento criminal, ou o arquivamento do processo no final do inquérito, ou a prolação de uma decisão de não pronúncia no final da instrução, ou mesmo quando é aplicada ao arguido uma pena de prisão efetiva que resulta inferior, no tempo de pena a cumprir, ao tempo de prisão preventiva já sofrida.

(6) *Loc. cit.*

É nossa convicção que sim, pois nestas situações acabou por se verificar a insuficiência da atividade investigatória nos pressupostos fáticos que lhe deram origem ou a insuficiência da acusação que a pensava sustentar.

II.

4. Os casos de absolvição do arguido — o nosso entendimento

Para que melhor se esclareça o nosso entendimento e as propostas que, porventura, relevem para a consideração de outras perspectivas indemnizatórias não previstas até agora na lei — para os casos de prisão preventiva que se venha a revelar injustificada e, como tal, causadora de danos na pessoa do arguido a ela sujeita — duas situações práticas de absolvição de um arguido, na prática, como se sabe, se manifestam:

- 1) a absolvição do arguido que se obtém por da audiência de discussão e julgamento resultar a prova de que não foi ele que cometeu o crime objeto do processo⁽⁷⁾, ou,
- 2) a absolvição do arguido que se obtém em julgamento por falta de provas que o permitam condenar e, assim, daí resultar a sua absolvição por dúvidas, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*.

E esta segunda situação é a grande questão que ora se põe pois, a lei ordinária, na alínea c) do n.º 1 do art. 225.º do Código de Processo Penal, apenas nos remete para os casos em que resulte comprovado que o arguido não foi o agente do crime⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ O que, em nosso entender, se revela especialmente grave quando, tendo havido instrução, e o arguido se encontra desde o inquérito preso preventivamente, se permaneceu na senda de o conduzir a julgamento com a decisão de pronúncia, precisamente porque a instrução serviria para infirmar o constante da acusação proferida.

⁽⁸⁾ O que é totalmente diferente de dizer-se os casos em que não resulte provado que o arguido foi o agente do crime.

4.1. A absolvição por inexistência da autoria imputada — a solução da lei

Quanto ao primeiro dos cenários — absolvição do arguido que se obtém por da audiência de discussão e julgamento resultar a prova de que não foi ele que cometeu o crime não é polémica, uma vez que a lei acolheu a hipótese de ressarcimento. E bem: parece-nos líquido que a justificação da prisão preventiva na perspetiva do momento temporal em que foi aplicada não pode — em nome do carácter absoluto de uma necessidade processual como sejam a eficácia do sistema penal ou o funcionamento da justiça — sobrepor-se ao direito do arguido a ser reparado pelos prejuízos sofridos nos seus direitos fundamentais pela privação ilegítima da liberdade a que foi sujeito

Mas será que se devem distinguir os dois “casos” de absolvição do arguido?

4.2. A absolvição por aplicação do princípio do “*in dubio pro reo*”

Quanto ao segundo cenário — de absolvição por dúvidas em obediência ao princípio do *in dubio pro reo* —, já o caminho poderá parecer mais tortuoso, ou seja, não tão líquido na atribuição imediata ao arguido de um direito a indemnização, comparativamente com a hipótese anterior. Certamente por isso, o legislador não acolheu essa solução legal no texto do art. 225.º. Será nestas hipóteses que residirá o busílis da questão para quem, diferentemente de nós, não defenda a atribuição de indemnização por privação injusta de liberdade quando resulte a absolvição do arguido por dúvidas.

Todavia, como consideramos que a prisão preventiva é uma medida coativa e não, de forma alguma, em nosso entender, deva ser considerada como uma sanção, não se deve cair no falacioso juízo “justificativo” de se entender que, como não se conseguiu provar que não foi aquele arguido que cometeu o crime de que veio acusado, “ao menos” que a medida de coação que lhe foi imposta sobrevenha como algo útil que se possa ter feito em nome da proteção, na altura, dos interesses societários (obviamente legítimos) e de alguma forma se justifique como expiação de um *mal*(⁹) que, ape-

(⁹) A legitimação da intervenção penal não pode fundar-se em exigências de retribuição ou de expiação de culpa, mas apenas em propósitos preventivos.

sar de não provado em juízo, intimamente os atores da Justiça tenham como adquirido. Essencialmente porque, frise-se, processualmente só há um conceito de absolvição — e que significa não condenação — e logo, independentemente da “*modalidade*” que revista, não deve um juízo provisório sobre a culpa do arguido ser mais valioso do que um juízo definitivo de absolvição⁽¹⁰⁾ não devendo servir a anterior presunção como fundamento e justificativa para preterir, desde logo, e *a posteriori*, nestes casos, uma indemnização por privação ilegítima da liberdade⁽¹¹⁾, sobretudo porque em matérias tão sensíveis como o é a do direito à liberdade, não poderão sobrelevar-se juízos de valor que se fundamentem, essencialmente, em suspeições ou compensações de culpa.

Os danos que sejam oriundos de uma inutilidade da prisão preventiva revelada posteriormente (responsabilidade por facto lícito) deverão ser suportados pelo Estado em vez de onerarem exclusivamente o arguido que não deve assim arcar, quer com as consequências da “não prova” da acusação, quer com (a promoção e decisão de aplicação de) uma prisão que se veio a revelar totalmente injustificada, até porque é ao arguido *presuntivamente inocente* que é aplicada uma medida restritiva da sua liberdade.

Sobretudo porque não cremos que do âmbito normativo do art. 22.º da Constituição da República⁽¹²⁾ esteja excluída a responsabilidade do Estado por atos lícitos dos seus funcionários e agentes⁽¹³⁾, uma vez que, se se entender que a responsabilidade do Estado só existe nos casos de privação da liberdade quando essa privação for feita “contra o disposto na Constituição e na lei”⁽¹⁴⁾, então ficarão de fora, sem qual-

⁽¹⁰⁾ Que resulta numa limitação irremediável ao fundamental e fundante valor da presunção da inocência.

⁽¹¹⁾ Vide JOÃO CAUPERS, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, Julho-Agosto 2003: “*Pela nossa parte adiantaremos que nos parece fazer sentido a admissibilidade da responsabilidade civil do estado pelos danos causados no exercício da função jurisdicional, independentemente de tais danos, terem ou não carácter ilícito, ou seja, em termos objectivos*”.

⁽¹²⁾ Como refere LUÍS GUILHERME CATARINO, *Revista do Ministério Público*, Ano 22.º, Out.-Dez., 2001, n.º 88.

⁽¹³⁾ O direito de indemnização consagrado no art. 22.º da CRP está sujeito ao regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da CRP) e, nessa medida, é diretamente aplicável, não dependendo de lei para ser invocado pelo lesado.

⁽¹⁴⁾ Cf. RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, p. 105, ss. “*nada, nem na mens legis, nem nos trabalhos preparatórios, permite concluir que o preceito constitucional faça depender a responsabilidade do Estado da existência de culpa. O artigo 27.º, n.º 5 da C.R.P. refere-se apenas à privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na Lei e, por consequência confere o direito à indemnização independentemente de culpa. Logo, o artigo 225.º do C.P.P. não pode restringir a obrigação de indemnizar aos casos de privação ilícita e gravemente culposa da liberdade (...)*”.

quer proteção indemnizatória — pasme-se! — os casos de privação da liberdade legalmente incensuráveis, mas causadores de danos aos indivíduos presos.

A atribuição de indemnização ao arguido pela privação ilegítima da liberdade, revelada *ex post*, deve ser feita automaticamente, pois faz parte da mais elementar lógica processual-penal e garantística, num Estado de Direito que se intitula democrático e social, a assunção de uma posição que espelhe a defesa das garantias constitucionais do processo penal quando é violado um direito fundamental. Mais, esta oneração do arguido com *prova de que está limpo de toda a suspeição* colide com o sentido último do n.º 2 do art. 32.º da Lei Fundamental.

Na situação de que curamos o arguido redundou “vítima de uma inexorável lógica investigatória”⁽¹⁵⁾, não devendo assim arcar, quer com as consequências da “não prova” da acusação⁽¹⁶⁾, quer com (a promoção e decisão de aplicação de) uma prisão que se veio a revelar totalmente injustificada. Como bem refere Fernanda Palma⁽¹⁷⁾, o “*princípio de reparação das lesões dos direitos individuais sacrificados num conflito de interesses em que o agente sacrificado não provocou a situação de conflito terá de valer inteiramente, por igualdade ou maioria de razão, quando o interesse sacrificado é o direito à liberdade*”.

Não esqueçamos que houve uma imposição ao arguido de uma decisão jurisdicional (e portanto imputável ao Estado, proveniente do juiz de instrução, pois só por este a prisão preventiva pode ser imposta) da qual resultou, desde a fase de inquérito (e instrução se a tiver havido como fase que comprova a decisão de submeter o arguido a julgamento)⁽¹⁸⁾, uma lesão num seu direito fundamental. Neste cenário, a acusação pública (a quem cabe promover a ação penal e a defesa da legalidade, e aqui falamos já da magistratura do Ministério Público, e assim do Estado) não faz prova de que o arguido cometeu o crime de que foi (por si) acusado.

⁽¹⁵⁾ Como qualifica FERNANDA PALMA, *loc. cit.*

⁽¹⁶⁾ Cremos até que podemos, no limite, intuir com esta solução legal, uma imposição de inversão do ónus da prova que compete à acusação.

⁽¹⁷⁾ *Loc. cit.*

⁽¹⁸⁾ O que mais gravoso é, pois houve outra instância de controlo judicial confirmativa de indícios suficientes.

4.3. A nossa posição

Defendemos que, se o arguido foi privado da liberdade e, a final, resulta absolvido — porque, em última instância, a acusação não conseguiu demonstrar a autoria imputada ou dissipar as dúvidas que, porventura, com a defesa, se erigiram sobre a sua participação no facto criminoso em análise, e, dessa incapacidade de prova (de a quem cabe promover a ação penal e a defesa da legalidade) — pois o ónus da prova incumbe ao Ministério Público —, resultou a não condenação do arguido, ou se se preferir a sua absolvição por dúvidas — ao Estado deverá caber, de alguma forma, uma quota-parte de responsabilidade pelos danos sofridos com a privação da liberdade e não ser o arguido a arcar, sozinho, com os danos resultantes de uma não prova que, justamente, competiria à acusação (e, assim, em última análise, ao Estado). A comprovação da efetiva inocência do arguido é uma exigência contrária ao ónus da prova em processo penal — que recai sobre a acusação — além de pretender extrair novos significados do termo inocente. Quem é inocente é quem é não condenado e quem é não condenado é quem o sistema reconhece que não deve ser sujeito à aplicação de pena alguma. Como justificar, pois, que a restrição de liberdade sofrida não seja ressarcida?

Com a aplicação direta dos princípios gerais de direito que responsabilizam a Administração e os seus órgãos ou agentes e fixam os critérios indemnizatórios de ressarcimento por danos podemos, em nosso entendimento, responsabilizar o Estado (por prisão preventiva ordenada sem qualquer erro, mas à qual não corresponda factualidade nenhuma conforme prova posterior obtida) apoiando-nos na norma matriz que alicerçará o direito indemnizatório do lesado nestas circunstâncias: o art. 22.º da Constituição da República Portuguesa, do qual decorre um direito à indemnização por danos causados por atos lícitos da função jurisdicional que implique violação de direitos, liberdades e garantias.

Faz parte da mais elementar lógica processual-penal e garantística⁽¹⁹⁾, num Estado de Direito que se intitula democrático e social, a assunção de uma posição que espelhe a defesa das garantias constitucionais do processo penal quando é violado um direito fundamental, que no caso *sub judice* se impõe, desde logo, como decorrência do valor, também ele fundamental, da dignidade humana a preservar por qualquer Estado de

(19) “A inocência do condenado não perturba a legitimidade do acto jurisdicional mas torna obrigatória a atribuição ao lesado de uma justa indemnização (...)”, Acórdão da Relação do Porto de 16 de Junho de 1994, *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, Tomo III, p. 233.

Direito material que inicie, prossiga e termine, com este resultado, um processo de natureza criminal contra qualquer indivíduo⁽²⁰⁾.

Ao encontro desta posição aberta à admissibilidade de um novo regime indemnizatório da prisão preventiva que se venha a revelar ilegítima, encontra-se a legislação alemã já desde os idos anos de 70⁽²¹⁾ que estabelece o direito a indemnização pelo Estado a quem tenha sofrido um “*dano em consequência da execução de prisão preventiva ou de outra medida de perseguição penal (...), se vier a ser absolvido, se o processo for arquivado ou se o tribunal recusar a abertura do procedimento criminal contra si*”. Como salienta José Mouraz Lopes⁽²²⁾ “*trata-se de uma situação efetivamente mais abrangente sustentando inequivocamente uma proteção efetiva do Lesado por virtude de aplicação da prisão preventiva, que não leve como consequência a aplicação de qualquer sanção penal*”⁽²³⁾.

Podem convocar se, igualmente, na defesa desta posição argumentos tais como, por exemplo, o instituto do desconto ou a expropriação por utilidade pública: efetivamente, quanto ao primeiro aduzido, quando um arguido é condenado em pena de prisão efetiva desconta-se no tempo de pena a cumprir o tempo que o arguido já passou preso preventivamente; ora, se o arguido não vier a ser condenado e do julgamento resultar a sua absolvição, onde está — se se lhe vedar qualquer pretensão indemnizatória — o correspondente juízo de equidade? Curioso será também comparar o tratamento dado ao direito à indemnização devida por expropriação por utilidade pública⁽²⁴⁾ em que o Estado indemniza o particular, independentemente da verificação da ilicitude da desapropriação com, *a contrario*, a exigência de uma conduta ilícita por parte do Estado para que a indemnização pela privação da liberdade seja possível.

⁽²⁰⁾ Vide recomendação do Conselho da Europa R (80) 11.

⁽²¹⁾ Lei sobre indemnização por medidas de perseguição penal de 8 de março (StrEG) de 1971, parágrafo 2.º. Sobre a crítica e reformas posteriores, ver BAUMANN; HEINITZ, FS, 1972, p. 705; sobre a interpretação e o desenvolvimento na jurisprudência do BGH, ver KRONER, 1992.

⁽²²⁾ Cf. JOSÉ ANTÔNIO MOURAZ LOPES, *A responsabilidade civil do Estado pela privação da liberdade decorrente da prisão preventiva*, “Revista do Ministério Público”, Ano 22.º, Out-Dez. 2001, p. 95.

⁽²³⁾ De novo, no mesmo sentido, o n.º 2, II, StrEG: “*se le debe conceder indemnización por prison preventiva, internamieto provisional, detención provisional, secuestro y privación provisional del permiso para conducir, quando el ha sido absuelto (n.º 2, I, StrEG). Algo análogo, quando el tribunal prescinde de la pena o cuando las consecuencias jurídicas ordenadas en la condena del tribunal son mas moderadas que las medidas de persecución penal dirigidas a ellas (la llamada medida de persecución penal excesiva — 4, StrEG) — apud Derecho Procesal Penal, CAUS ROXIN, traducción de la 25.ª edición alemana de Gabriela Pastor, revisada por Julio B. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 512-513.*”

⁽²⁴⁾ Reconhecido constitucionalmente e assegurado pela lei não obstante o caráter lícito da desapropriação.

A dificuldade residirá, pois, como explicita o Professor Gomes Canotilho, em saber se “*o cumprimento de uma pena a que se seguiu a absolvição será um simples dever de cidadania ou constituirá uma lesão de um direito, liberdade e garantia?*”⁽²⁵⁾.

Se é direito fundamental de cidadania ser livre porque razão parecerá ser dever do cidadão suportar qualquer tipo de restrição à liberdade?

A imposição de prisão preventiva a um arguido antes do seu julgamento — e assim, neste caso, necessariamente antes de resultar a sua absolvição — é uma vicissitude processual, apoiada em indícios e que se determina, tal como em todas as outras medidas de coação, em ordem a prevenir e impedir a verificação, cumulativa ou não, de três ordens de factos (fuga ou perigo de fuga; continuação da atividade criminosa; perturbação dos termos do processo) que, de acordo com a avaliação que se faça em determinado momento das circunstâncias concretas do processo, perturbarão, de alguma forma, se esta não se decretar, o desenrolar do *iter* processual. E, assim, ao ser “apenas” isto, com o menos se demonstra o mais: se é uma medida de coação não é uma pena, e se não é uma pena o arguido não poderá “cumprir-la” antecipadamente quando do processo resulte que ele foi absolvido. Se *a priori* é lícito impô-la ao arguido enquanto dever de cidadania (porque sobre ele recaem fortes suspeitas da prática de um crime doloso) e ao Estado decretá-la enquanto garante da legalidade, *a posteriori* não será legítimo ao Estado não subtrair os danos por ela provocados à esfera do arguido, porque revelada, a final, lesiva de um seu direito fundamental.

Ou seja: se processualmente nos encontramos sempre, no momento em que se tem que decidir pela aplicação do instituto da prisão preventiva, na intersecção de dois interesses conflituantes (o do arguido e o da sociedade) e se, nesse momento de conflito, é lícito sacrificar-se um direito fundamental do arguido em ordem à sobrevalorização de interesses societários dignos de tutela penal, mas posteriormente se conclua que quem impôs esse sacrifício — o Estado — não cumpriu o propósito a que se tinha determinado (fazer prova que aquele sujeito a quem privou de liberdade era o autor de determinado crime) deverá, o Estado, de algum modo, compensar a ofensa da lesão infligida.

E poderá ser assim porque, com o decurso processual que culminou com a absolvição do arguido, deparamo-nos com um póstumo cenário de privação injustificada da liberdade e, deste modo, porque ingressados no

⁽²⁵⁾ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 124.º, Ano 1991-1992, Anotação ao Acórdão de 9.10.90, p. 85.

momento temporal de reparação propriamente dito, se pode equacionar e avaliar da emersão de um direito subjetivo que confere ao seu titular um direito de tutela pela violação, pelo Estado, de um seu direito fundamental.

E por isso, permitimo-nos arriscar que nestes casos, de *lege ferenda*, a política justa seria a de o legislador não afastar a possibilidade de o arguido poder ser reparado nos danos sofridos com a privação da liberdade, cuja legitimidade decorre duma constatação *a posteriori*, e empreender a formulação de hipóteses indemnizatórias que resultem da verificação de danos na esfera do cidadão, resultantes, por exemplo, de desproporção na aplicação da medida, de desigualdade merecedora de reparação, de não prova do fundamento que a alicerçou, pois, a final, o arguido não veio a ser condenado. O legislador pode conformar o direito à indemnização de acordo com a ampla liberdade que a parte final do preceito lhe outorgou mas não pode eliminar o seu núcleo essencial⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ O ATC n.º 185/2010, publicado no Diário da República, II Série, de 13 de Setembro de 2010 [que decidiu não julgar inconstitucional a norma constante do n.º 2 do art. 225.º do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de se não considerar injustificada prisão preventiva aplicada a um arguido que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo*] não se afasta muito desta base de compreensão do problema. Conclui, porém, que a solução que exclui a indemnização por danos decorrentes de prisão preventiva imposta a arguidos que acabam por ser absolvidos em julgamento, por não se provarem os factos de que estavam acusados, escapa aos poderes de apreciação do tribunal, por tal controlo ser suscetível de afetar os equilíbrios sistémicos que a Constituição terá deixado à ampla liberdade de conformação do legislador. E justifica: “*O facto de o ordenamento admitir a admitir a indemnização em tais circunstâncias seria um dado que os juízes teriam em consideração no momento de aplicar a medida de coacção. E com prognóstico incerto, tanto podendo conduzir a um deficit como a um excesso de uso da prisão preventiva. A mera incerteza quanto ao resultado da existência de solução diferente daquela que se aprecia bastaria para que o Tribunal não possa censurar a opção legislativa. Em último termo, diz o acórdão, poderia verificar-se um aumento do número de prisões preventivas decretadas e, portanto, uma afectação mais intensa da própria liberdade individual do arguido*”. Não acompanhamos esta ponderação. Tal como o CONSELHEIRO VÍTOR GOMES exarou na declaração de voto aposta, consideramos que o referido Acórdão ilude o problema em equação. Na verdade, como diz o Conselheiro, “*os custos de eventuais ineficiências do sistema podem, quando está em causa um bem jusfundamental quando a proteção é contígua aos princípios do Estado de direito e da dignidade humana, recair em exclusivo sobre o indivíduo a quem é imposto o sacrifício desse mesmo bem. O objectivo da “justa medida” na imposição da prisão preventiva, sem deficit e sem excesso de utilização, alcança-se pelo estabelecimento de pressupostos legais rigorosos, por adequados mecanismos de controlo das decisões tomadas neste âmbito, pela selecção e preparação criteriosa dos magistrados e medidas processuais e organizativas semelhantes. Não atribuir indemnização pelo sacrifício aos indivíduos particularmente atingidos por prisão preventiva que o desfecho do processo venha a revelar materialmente injustificada por receio de que isso possa induzir os juízes a um uso mais frequente da prisão preventiva, é adoptar um meio que, à luz dos princípios do Estado de direito, tem de ser considerado, se não inadequado, pelo menos manifestamente excessivo para esse mesmo fim da tutela da liberdade. Efectivamente, não pode dizer-se que há risco de “uma afectação mais intensa da própria liberdade individual do arguido” se o sistema reconhecer indemnização aos arguidos absolvidos por não se ter provado a acusação. Para o indivíduo a quem a medida tenha sido aplicada a afectação da liberdade é real, já não é um risco. À inevitável privação da liberdade soma-*

Defendemos, pois, que a Constituição impõe que o risco de prisões preventivas materialmente injustificadas corra por conta de toda a comunidade (sendo repartido, enquanto dever estadual de indemnizar, por todos os seus membros na medida do benefício que do sacrifício individual retiraram) ao invés de ser suportado, apenas, pelos indivíduos que a elas estiverem sujeitos.

5. Entre o ser e o devir — breves notas conclusivas

O que defendemos quererá significar que a proibição constitucional de compressão do direito à liberdade deve-nos fazer “*afirmar um princípio de proibição de interpretação da norma que reduza o âmbito favorável ao arguido*”⁽²⁷⁾ e deste modo, em nosso entender, inverter a tendência vertida pelo legislador ordinário no art. 225.º do Código de Processo Penal que restringe o âmbito da norma constitucional defensora do direito à liberdade, protegendo sobremaneira o Estado contra o arguido, cuja posição resulta a nosso ver, ainda, diminuída de garantias.

Assim, em nossa opinião, é insuficiente a consagração legal exarada na alínea *c*) do n.º 1 do no art. 225.º do Código de Processo Penal. Deve ela estender-se aos casos em que à aplicação de tal medida coativa sobrevenha, na sentença final, a absolvição do arguido em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*, em face do valor primordial da liberdade que deverá caber salvaguardar num Estado de Direito, evitando dessa forma que o Estado, quando com a aplicação da prisão preventiva provoca danos, mesmo que ao abrigo de atuações lícitas, possa lavar daí as suas mãos, deixando o lesado sem reparação⁽²⁸⁾, sobretudo porque, se assim “não for [ou

-se a suportação individual dos respectivos efeitos lesivos. Ora, proteger a hipotética liberdade de uma categoria (todos os arguidos) mediante a não compensação pública do sacrifício da liberdade do arguido efectiva e concretamente atingido pela prisão preventiva que a posteriori vem a revelar-se injustificada, é solução que me parece desproporcionada e repelida pelo princípio do Estado de direito”.

⁽²⁷⁾ Cf. LUÍS GUILHERME CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça. O erro judiciário e o anormal funcionamento da Justiça*, Livraria Almedina, p. 363.

⁽²⁸⁾ Como clarifica ANTÓNIO DIAS GARCIA, *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, com a coordenação de Fausto de Quadros*, Almedina, 1995, p. 202, no art. 22.º da CRP está consagrado “(...) o dever geral do estado de reparar os prejuízos que a sua actuação provoca, quer se trate de acções quer de omissões sem especificar a natureza, lícita ou ilícita, culposa ou não culposa, do acto lesante. É, pois, seguro que o actual ordenamento jurídico português confere relevo geral à responsabilidade objectiva das entidades públicas. Desta opção legislativa decorrem

melhor, assim não sendo], tal situação constitui, ainda, uma violação ao disposto no art. 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Não se restringindo, nesta esteira, as hipóteses de indemnização por privação da liberdade a certas situações, determinadas apenas segundo critérios “*ex ante*”. E sobremaneira porque, como já explicitámos, entendemos que não se encontra excluída, quer do âmbito normativo do n.º 5 do art. 27.º, quer, fundamentalmente, do âmbito normativo do art. 22.º⁽²⁹⁾ ambos da Constituição da República Portuguesa, a responsabilidade do Estado por atos lícitos dos seus funcionários e agentes — efetivamente, nada nos parece que se extraia destes normativos constitucionais que imponha que se limite a responsabilidade do Estado aos casos em que se priva ilícita, grave e culposamente a liberdade⁽³⁰⁾.

Para nós, e como já referido, do art. 22.º da CRP decorre um dever de indemnizar do Estado por todos os atos da função judicial de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. Da pri-

importantes consequências. Desde logo, porque aceitar a ressarcibilidade dos danos provocados por actos jurídicos lícitos ou operações materiais perigosas e reconhecer que o escopo primacial da responsabilidade é a transferência do peso patrimonial em que o dano se traduz do sujeito lesado para o agente lesante (ou outrem por ele). Por outro lado, porque aceitar uma tal premissa impõe a superação do modelo aquiliano de responsabilidade civil. Na verdade, se se reparar, a posição tradicional anda sempre à procura da culpa do agente. O que se explica, naturalmente, porque atende quase exclusivamente ao papel actuante do sujeito lesante: actuou com culpa, merece censura? Então deve reparar. Não merece censura? Então não é legítimo que responda por isso, a não ser em circunstâncias excepcionais”. Ora, se assentarmos em que o “instituto da responsabilidade tem por função primordial a transferência da incidência do dano de um sujeito para outro, deixa de ter relevo fulcral o papel do sujeito que lesa, para adquirir preliminar relevo a situação da vítima e o prejuízo por si sofrido (...)”. Há que considerar assim dois passos importantes: “(...) o primeiro, através da necessidade de o juízo da responsabilidade se centrar no dado objectivo que é o dano suportado. O segundo, através da fixação dos critérios de imputação que justificam a incidência final do dano sobre outra pessoa — pode não ser o autor material — que não a vítima (...)”.

⁽²⁹⁾ O princípio de direito constitucional português contido no art. 22.º da Lei Fundamental encerra um direito e uma garantia fundamental de qualquer cidadão: o direito à reparação dos danos causados por entidades públicas, quer esses danos se traduzam na violação de um direito, liberdade, garantia, quer apenas num prejuízo económico. *Vide* neste sentido MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, p. 113, ss. A mesma autora, *ob. cit.*, p. 122 concretiza esclarecendo que “O princípio geral de direito constitucional português contido no artigo 22.º da Constituição não pode deixar de abranger também os atos da função jurisdicional, permitindo a responsabilização dos próprios tribunais, enquanto órgãos de soberania do Estado (...). Tal responsabilidade pode ser imputável ao próprio Estado, direta e até exclusivamente (podendo configurar-se uma situação semelhante ao que acontece com a chamada *faute du service*”.

⁽³⁰⁾ A propósito do art. 22.º da CRP, escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1984, p. 186, nota III “(...) o âmbito normativo material do preceito não pode deixar de abranger também as hipóteses de responsabilidade do estado por atos lícitos e de responsabilidade pelo risco, podendo apenas a lei exigir certos requisitos quanto ao prejuízo ressarcível (...)”.

são preventiva de arguido que venha a ser posteriormente absolvido resulta a violação do direito, liberdade e garantia consagrado no art. 27.º da CRP e, assim, nos termos do art. 22.º tal deve ser sempre indemnizável pelo Estado ainda que a prisão não seja ilegal, porquanto a responsabilidade a que se refere este artigo engloba, também, os atos lícitos da função judicial.

Assim, e de *iure constituendo*, preconizamos a alteração do disposto no art. 225.º do CPP e, logo, do modelo de responsabilidade do Estado aí vertido — por considerarmos que a dimensão normativa que se extrai da alínea *c*) do seu número 1 é, por um lado, incompatível com a cabal defesa do direito à liberdade (por não contemplar a previsão de todos os casos em que se verifique a injustificabilidade da prisão preventiva constatada *a posteriori*) e, por outro lado, conseqüentemente limitadora e violadora dos preceitos constitucionais contidos nos arts. 17.º, 18.º, 22.º e 27.º, n.º 5 da Lei Fundamental — e, inevitavelmente, a assunção da posição perfeitamente aberta que defende que, quando haja danos causados por causa da aplicação do instituto da prisão preventiva, o Estado deverá assumir a sua reparação, fazendo para isso a aplicação direta dos princípios gerais de direito que o responsabilizam e fixam os critérios indemnizatórios de ressarcimento dos danos. Deverá, pois, o legislador ordinário fazer concordar a intensidade da medida restritiva autorizada e o sacrifício da liberdade por ela imposta com os valores justificativos da restrição.

É que a tutela do direito à liberdade assume um valor superior face a qualquer inquietude da investigação.

Lisboa, Novembro de 2019