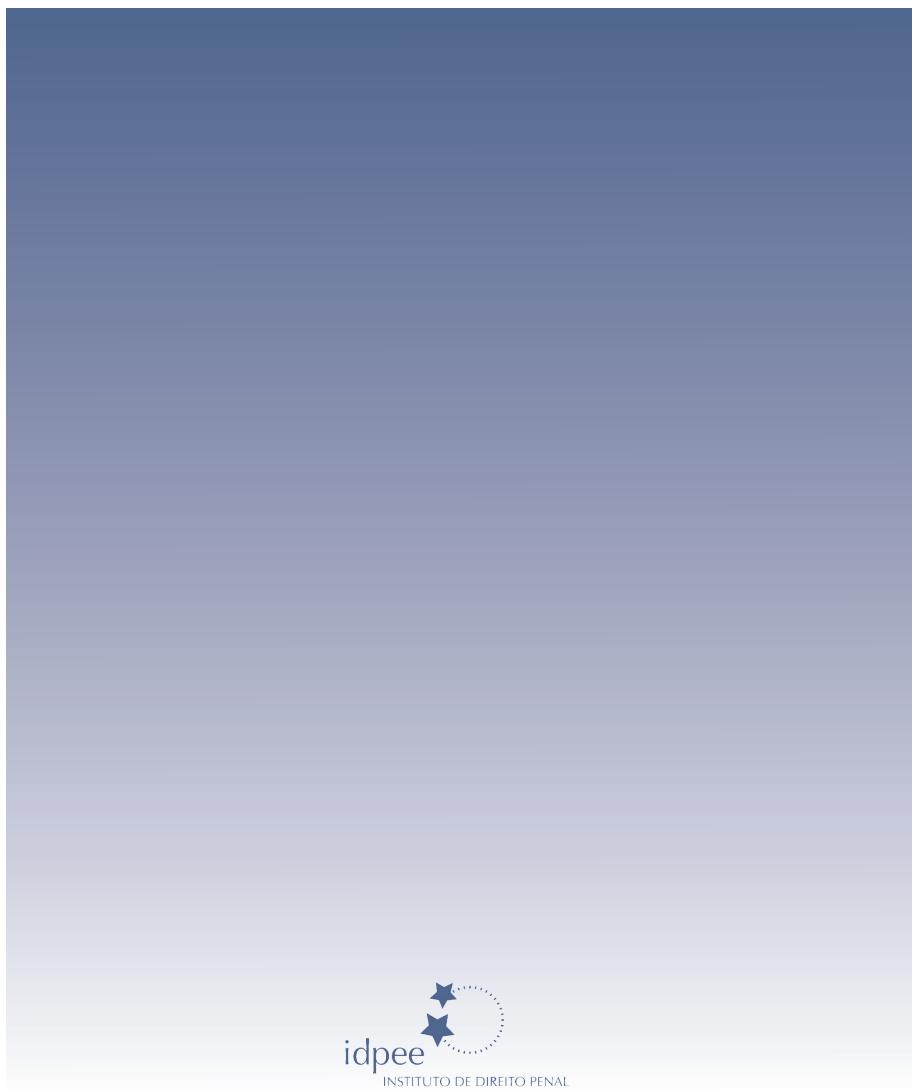


REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 27 • N.º 1 • janeiro-abril 2017 • DIRETOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS



DA NATUREZA PROCESSUAL PENAL DO ARRESTO PREVENTIVO

Manuel da Costa Andrade

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maria João Antunes

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Das medidas de garantia patrimonial em geral

No processo penal português, estruturado segundo o modelo acusatório, o arguido tem o estatuto de sujeito processual, sendo-lhe assegurado o exercício de *direitos autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo*, em vista da sua decisão final (artigos 32.º da Constituição e 60.º e 61.º do CPP). Sem prejuízo de sobre ele impenderem também deveres processuais, nomeadamente o de se sujeitar à aplicação de uma medida de *garantia patrimonial* (artigos 60.º e 61.º, n.º 3, alínea d), do CPP).

O CPP prevê a *caução económica* e o *arresto preventivo* enquanto medidas de garantia patrimonial (artigos 227.º e 228.º), fazendo depender a aplicação destes dois meios processuais da

observância de princípios e de condições que mais não são do que a concretização da intenção de harmonizar finalidades processuais irremediavelmente antinómicas e antitéticas: de um lado, a realização da justiça a demandar que sejam acauteladas as garantias de pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, bem como as garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime, uma vez que vigora o princípio da adesão (artigo 71.º do CPP); de outro, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas a obrigar a que a medida de garantia patrimonial aplicada ao arguido se *mostre comunitariamente suportável face à possibilidade de estar a ser limitada a liberdade patrimonial de alguém que se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação* (artigos 30.º, n.º 2, 62.º e 18.º, n.º 2, da Constituição)⁽¹⁾. Devendo, por isso, ser asseguradas *todas as garantias de defesa*, nomeadamente o princípio do contraditório (artigo 32.º, n.os 1 e 5, parte final, da Constituição).

1.1. No estádio atual da experiência jurídica seria naturalmente ocioso e redundante sublinhar o lastro de compressão da liberdade de que são portadoras as medidas de garantia patrimonial. E, de forma paradigmática, o arresto preventivo. Bem se compreendendo, por isso, que, em alinhamento com os desígnios da Lei Fundamental, o CPP, submeta a sua aplicação a um densificado e apertado conjunto de exigências. Em que avultam sobremaneira as exigências decorrentes dos princípios da *legalidade*, da *necessidade*, da *adequação*, da *proporcionalidade* e da *subsidiariedade* do arresto preventivo.

⁽¹⁾ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *O Novo Código de Processo Penal*, Textos Jurídicos - I, Ministério da Justiça, 1987, p. 17 e, ainda, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, Verbo, 2011, pp. 344 3 346 e s., para quem as medidas de garantia patrimonial limitam a liberdade patrimonial de quem a elas é sujeito.

De forma assumidamente sincopada e apodíctica: a liberdade das pessoas só pode ser limitada pelas medidas de garantia patrimonial *previstas na lei* – a caução económica e o arresto preventivo (artigos 191.º, n.º 1, 227.º e 228.º do CPP); a medida de garantia patrimonial a aplicar em concreto deve ser *necessária* às exigências cautelares que o caso requerer, aferindo-se a necessidade de aplicação pelo *fundado receio* de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da *pena pecuniária*, das *custas do processo* ou de qualquer outra *dívida para com o Estado* relacionada com o crime, bem como as garantias de pagamento da *indemnização* ou de outras *obrigações civis derivadas do crime* (artigos 191.º, n.º 1, 193.º, n.º 1, e 227.º, n.ºs 1, 2, e 4, parte final, do CPP); a medida de garantia patrimonial a aplicar em concreto deve ser *adeuada* às exigências cautelares que o caso requerer (artigo 193.º, n.º 1, do CPP); a medida de garantia patrimonial a aplicar em concreto deve ser *proporcional* à gravidade do crime, à sanção pecuniária que previsivelmente venha a ser aplicada, às custas do processo que previsivelmente venham a ser impostas, ao montante da dívida para com o Estado, à indemnização que previsivelmente venha a ser arbitrada e às outras obrigações civis derivadas do crime que previsivelmente venham a ser reconhecidas (artigos 193.º, n.º 1, e 227.º, n.ºs 1 e 2, do CPP); o arresto preventivo é de aplicação *subsidiária*, na medida em que é a medida de garantia patrimonial mais gravosa: aplica-se quando a caução económica fixada não seja prestada ou quando esta medida se revele, no caso, inadequada ou insuficiente, sendo revogado a todo o tempo em que o arguido ou o civilmente responsável prestem a caução económica imposta (artigo 228.º, n.ºs 1 e 5, do CPP).

1.2. Bem se comprehende também que uma das condições gerais de aplicação de uma medida de garantia patrimonial seja a prévia constitui-

ção como arguido da pessoa que dela seja objeto, nos termos dos artigos 192.º, n.º 1, e 58.º, n.º 2, alínea b), do CPP. Isto ressalvados naturalmente os casos em que o visado tem responsabilidade meramente civil. O pedido de indemnização civil pode ser deduzido em processo penal contra este responsável, caso em que também pode ser sujeito a medida de garantia patrimonial (artigos 71.º, 73.º, n.º 1, 227.º, n.º 2, e 228.º, n.ºs 1 e 5, do CPP). Havendo fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime, o *lesado* pode requerer que o *arguido ou o civilmente responsável* prestem *caução económica* ou que seja decretado o *arresto preventivo* em relação a eles⁽²⁾.

Ainda ao nível das condições de aplicação, o CPP determina que a medida de garantia patrimonial seja sempre aplicada por *despacho do juiz* (do juiz de instrução ou do juiz de julgamento, consoante a fase processual). Durante o inquérito, a requerimento do Ministério Público e depois desta fase, a requerimento do Ministério Público ou oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade (artigos 194.º, n.º 1, 268.º, n.º 1, alínea b), 227.º e 228.º do CPP).

A prestação de medida de garantia patrimonial pode também ser requerida pelo lesado, quando esteja em causa a garantia do pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime (artigo 227.º, n.º 2, do CPP). Nesta hipótese, só o lesado pode requerer a aplicação da medida. O Ministério Público não tem legitimidade para requerer uma qualquer medida de garantia patrimonial se o que estiver em causa for o fundado receio de que

⁽²⁾ No sentido de a constituição prévia de arguido se referir “ao eventual agente da infração e não também a quem for simplesmente responsável civil”, GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 351. E, ainda, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Arguido e imputado no processo penal português*, Universidade Católica Editora, 2000, p. 111, RODRIGO SANTIAGO, “As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal de 1987”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1540 e s., e JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 174.

faltem ou diminuam substancialmente as *garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime*. Tal legitimidade assiste, em exclusivo, ao *lesado*, nos termos do artigo 227.º, n.º 2, do CPP, de harmonia com o disposto no artigo 129.º do Código Penal⁽³⁾. Nem outra solução seria admissível num ordenamento jurídico que, em matéria de indemnização de perdas e danos emergentes de crime, obedece ao *princípio do pedido*. Pelo que, de acordo com o artigo 227.º, n.º 1, do CPP, o Ministério Público só tem legitimidade para requerer a aplicação de uma medida de garantia patrimonial com fundamento na existência de fundado receio de que faltem ou diminuam as garantias de pagamento da *pena pecuniária*, das *custas do processo* ou de qualquer outra *dívida para com o Estado*, derivada do crime. Pela mesma razão, está vedada ao juiz a aplicação oficiosa da medida de garantia patrimonial que tenha em vista o fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as *garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime*.

Segundo o artigo 194.º, n.º 4, do CPP, é também condição da aplicação de uma medida de garantia patrimonial que a mesma seja precedida de *audição* do arguido, ressalvados os casos de *impossibilidade devidamente fundamentada*. Aplicando-se à audição o disposto no n.º 4 do artigo 141.º do mesmo Código, segundo o qual o juiz informa o arguido dos factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circuns-

⁽³⁾ Sem prejuízo de a medida de garantia patrimonial requerida pelo Ministério Público aproveitar também ao lesado, se este tiver deduzido o pedido correspondente (artigos 227.º, n.º 3, e 74.º, n.º 1, do CPP). Exatamente neste sentido, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2009, comentário ao artigo 227.º, Nms. 1 e 2. Cf., ainda, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de setembro de 2013 (disponível em www.dgsi.pt).

tâncias de tempo, lugar e modo e os elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime. Tudo com uma consequência tão linear e unívoca como irredutível: não podem ser considerados para fundamentar a aplicação de medida de garantia patrimonial quaisquer factos ou elementos do processo que lhe não tenham sido comunicados durante a audição (artigo 194.º, n.º 7, do CPP).

Compreende-se, de resto, que seja e só possa ser assim. Isto é, que a aplicação da medida seja necessariamente precedida da audição da pessoa concretamente atingida. Na verdade, só o cumprimento desta exigência empresta ao gesto do juiz as marcas e as credenciais do verdadeiro ato *de juiz*. Que para o ser, tem, em conformidade com a sua representação eidética e inegociável, de assegurar o cumprimento do mandamento *audiatur et altera pars*. De outra forma — a decidir apenas em resposta ao impulso do Ministério Público e em nome das razões apresentadas pelo Ministério Público — a si mesmo se reduz à categoria de mera instância burocrática do Ministério Público, assumindo a máscara e o papel de *longa manus* desta Magistratura. Mal se compreenderia, de resto, que a decisão do juiz fosse sempre dependente da intervenção do Ministério Público — já porque lhe cabe a iniciativa, já porque, de outra maneira, ele tem necessariamente de ser ouvido — e não se ouvisse a pessoa sobre cuja esfera jurídica a medida de garantia patrimonial verdadeira e exclusivamente se projeta. Com todo o seu cortejo de estigma e de compressão da liberdade e da autonomia.

2. Do arresto preventivo em especial

2.1. O CPP prevê duas medidas de garantia patrimonial: a caução económica e o arresto preventivo (artigos 227.º e 228.º, respetivamente). Esta última medida foi introduzida no CPP em 1987, sendo configurada na versão primitiva deste diploma com uma natureza estritamente subsidiária – o arresto preventivo seria decretado, nos termos da lei do processo civil, se a caução económica imposta não fosse prestada (artigo 228.º, n.º 1).

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, designadamente face à nova redação do n.º 1 do artigo 228.º do CPP, o arresto preventivo passou a poder ser decretado também enquanto medida de garantia patrimonial autónoma. O arresto preventivo passou, assim, a conhecer duas modalidades: medida de garantia patrimonial *autónoma*, sem prejuízo de só dever ser decretado face à insuficiência da caução económica; e medida de garantia patrimonial *subsidiária* da caução económica⁽⁴⁾.

O arresto preventivo previsto no CPP não se confunde, porém, com o arresto previsto no artigo 10.º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, diploma que consagra um meio específico do regime particular — e particularmente drástico — de resposta, preventiva e repressiva, à criminalidade organizada e económico-financeira. Em causa está, na verdade, um meio processual que tem em vista garantir o pagamento do valor que se presume constituir vantagem da *atividade criminosa* para efeitos de *perda de bens* (perda

⁽⁴⁾ Neste sentido, RODRIGO SANTIAGO, *loc. cit.*, p. 1548 e ss., JOÃO CONDE CORREIA, *ob. cit.*, p. 184, e MAIA COSTA, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014, comentário ao artigo 228.º, ponto 1. Continua, porém, a concluir pela natureza estritamente subsidiária da medida GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 437.

alargada) *a favor do Estado*, nos termos do disposto no artigo 7.º daquela Lei. E, como tal, um regime que alarga exponencialmente o universo dos bens ou ativos patrimoniais expostos à devassa e à intromissão a título de arresto. Um universo que vai muito para além daquele a que se reporta o arresto preventivo regulado no CPP. Que consabidamente tem como referente — como limite e medida — a projeção antecipada do que se podem considerar os meios necessários ao pagamento (*futuro*) da pena pecuniária, das *custas do processo*, de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, da indemnização ou de outra obrigação civil derivada do crime⁽⁵⁾. É completamente outro o horizonte em que se inscreve o arresto alargado da lei da criminalidade organizada e económico-financeira. Preferencialmente orientado para a fronteira do *passado*, sc., para o momento da suposta ocorrência do crime a investigar, a lei inscreve como elegíveis para arresto todos os ativos patrimoniais cuja titularidade e detenção ultrapassem o “património lícito” do arguido. Um exercício de congruência, *rectius de incongruência* que, só por si, permite presumir como pertinentes à conta de vantagens do crime, tudo o que ultrapassar a linha imaginária dos rendimentos e da fortuna lícitas.

O arresto preventivo, previsto no artigo 228.º do CPP, também não se confunde com a *apreensão*, prevista no artigo 178.º e ss. do CPP. A apreensão configura um meio processual que, além de incidir sobre os objetos que *tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime*, os que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis

⁽⁵⁾ Sobre o arresto para garantia do confisco alargado e naquilo que se distingue da apreensão e do arresto preventivo, João CONDE CORREIA, *ob. cit.*, pp. 162 e ss. e 184 e ss. Cf., ainda, para uma visão crítica deste tipo de arresto, DAMIÃO DA CUNHA, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017, p. 51 e ss.

de servir a prova, abarca também os objetos que *constituírem o produto, lucro, preço ou recompensa* do crime (artigo 178.º, n.º 1). Na modalidade de *meio processual de garantia da perda de vantagens a favor do Estado*, prevista no artigo 111.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Código Penal, a apreensão distingue-se, porém, do arresto preventivo, já que esta medida se destina a garantir o pagamento da *pena pecuniária*, das *custas do processo*, de qualquer outra *dívida para com o Estado relacionada com o crime*, da *indemnização* ou de outra *obrigação civil derivada do crime*. Sem prejuízo de a apreensão poder ser *mantida* a título de arresto preventivo, já depois do trânsito em julgado da sentença, de acordo com o previsto no artigo 186.º, n.º 5, do CPP⁽⁶⁾.

2.2. Como já dito, foi a reforma de 1998 que pela primeira vez introduziu no ordenamento jurídico processual-penal português o *arresto preventivo* como autónoma medida—*processual-penal*—de garantia patrimonial. Vale por dizer que o arresto preventivo configura, a todos os títulos e na plenitude das suas implicações normativas e prático-jurídicas, uma figura, se se quiser, uma “*instituição*” do processo penal português. No sentido de que tem de ser interpretada e aplicada à luz e em conformidade com os axiomas e os princípios estruturais do processo penal. Tem, noutras termos, de ser interpretada no horizonte da “*cultura*” do processo penal português, tal como ele se revela e mostra, tanto na Constituição como na lei processual penal ordinária.

Não pode adscrever-se outro sentido à novação legislativa de 1998. Um enunciado cujo acerto e pertinência não são minimamente postas em causa, menos ainda infirmadas pelo inciso segundo o qual o arresto preventivo é levado a cabo “*nos termos da*

⁽⁶⁾ No sentido do texto, GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 289 e SANTOS CABRAL, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014, comentário ao artigo 178.º, ponto 1.

lei do processo civil". Um inciso que, manifestamente, não obedece ao desígnio legislativo de confiar inteira e exclusivamente à lei processual civil a disciplina do arresto preventivo do artigo 228.º do CPP. Lei a que caberia imprimir tanto a densidade axiológico-teleológica da figura e a correspondente intencionalidade e programa político-criminal, como a prescrição dos pressupostos e das exigências de aplicação e a conformação normativa do regime de execução em todos os seus aspectos. Desde os mais centrais e basilares até aos mais localizados e centrífugos. Nada, na verdade, mais apressado, infundado e ao arrepiro do sentido imposto pelos cânones da correta hermenêutica.

Como em geral acontece, também aqui, o alcance da remissão é sempre ditado pela norma e pelo ordenamento *a quo*. É ela que determina *se, em que medida*, para que *fins* e sob que *pressupostos* opera a remissão; se e em que medida comete à norma *ad quem* a disciplina das questões cuja resposta ela deixa intencionalmente em aberto. A norma *ad quem* que *in casu* é o regime processual-civilístico preordenado ao estabelecimento do regime do arresto civilístico e aqui convocado para responder a aspectos parcelares do arresto preventivo do processo penal. Por ser assim, as normas do processo civil terão de operar circunscritas ao âmbito de complexidade de antemão reduzido pelo direito processual penal, constitucional e ordinário. As normas da lei processual civil terão, noutros termos, de ser aplicadas sem pôr em causa nem contrariar as imposições do direito processual penal. Direito a que cabe: definir o lugar do arresto preventivo na topografia dos meios coercitivos, em geral, e das medidas de garantia patrimonial, em particular; precisar a sua intencionalidade e programa político-criminal e desenhar o travejamento basilar do respetivo regime jurídico-normativo. Com destaque para exigências como a *constituição prévia de arguido*, a *audição* da pessoa atingida antes de a medida ser decretada, o respeito pelas injunções e implicações prático-jurídicas

decorrentes de imperativos como *necessidade/subsidiariedade, proporcionalidade*, etc.

Brevitatis causa, o arresto preventivo é uma *medida de garantia patrimonial de natureza processual penal*, aplicada de acordo com o disposto no CPP, sendo subsidiariamente aplicável a lei do processo civil em tudo o que este Código não preveja e se harmonize com os princípios gerais do processo penal⁽⁷⁾. O arresto preventivo previsto na primeira parte do n.º 1 do artigo 228.º do CPP está sujeito aos mesmos princípios e condições de aplicação da caução económica e do arresto preventivo previsto na segunda parte daquela norma.

O recurso à lei do processo civil já ocorria, de resto, por força da redação primitiva do artigo 228.º, n.º 1, do CPP. Já então se determinava que, *se o arguido ou o civilmente responsável não prestassem a caução económica que lhes tivesse sido imposta, poderia o juiz (...) decretar arresto, nos termos da lei do processo civil*. Face à natureza estritamente subsidiária do arresto preventivo – era decretado apenas se a caução económica imposta não fosse prestada –, as duas medidas de garantia patrimonial estavam sujeitas rigorosamente aos mesmos princípios e condições de aplicação. Sem prejuízo de já então se recorrer à lei do processo civil, nomeadamente a normas que tornavam exequível a decisão que ordenara o arresto. Por exemplo, a normas como as contidas nos artigos 391.º, n.º 2, e 392.º, n.º 1, parte final, do Código de Processo Civil, que continuam a ser aplicáveis também ao arresto preventivo subsidiário da caução económica.

2.3. Conforme já assinalado, o *arresto preventivo* previsto na primeira parte do n.º 1 do artigo 228.º é uma medida de garantia patrimonial de *natureza processual penal*. É aplicada em processo penal em função de *exigências processuais de natureza cautelar*,

⁽⁷⁾ No sentido do texto, RODRIGO SANTIAGO, *loc. cit.*, p. 1550 e s.

tendo em vista a finalidade processual penal de realização da justiça. Como esta finalidade está diretamente dependente da efetividade da decisão final que venha a ser proferida, cabe também ao processo penal garantir que seja paga a *pena pecuniária* que venha a ser imposta, o que tem a ver com a própria eficácia político-criminal desta sanção. E que sejam pagas as *custas do processo ou qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime* que venha a constar daquela decisão (artigo 227.º, n.º 1, do CPP).

Mercê da consagração do princípio da *adesão* da ação civil ao processo penal (artigo 71.º do CPP), cabe-lhe ainda garantir que seja paga a *indemnização* de perdas e danos emergentes do crime que venha a ser arbitrada em processo penal, bem como *outras obrigações civis derivadas do crime*, cujo cumprimento venha a ser imposto na decisão final (artigo 227.º, n.º 2)⁽⁸⁾. Pode até invocar-se em abono da autonomização do arresto preventivo a intenção de dotar o *lesado* de uma medida de garantia patrimonial equivalente à providência cautelar que poderia requerer na ação civil, caso pudesse deduzir o pedido de indemnização civil em separado⁽⁹⁾.

De resto, é na opção do processo penal pelo princípio da *adesão* da ação civil, num ordenamento jurídico em que a *indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil* (artigo 129.º do Código Penal), que se funda a possibilidade dada ao *lesado* de requerer a prestação da caução económica ou que o arresto preventivo seja decretado, tendo em vista as finalidades previstas nos artigos 227.º, n.º 2, e 228.º, n.º 1, do CPP. Isto, ao arreio da regra segundo a qual compete ao Ministério Públ-

⁽⁸⁾ No sentido de ambas as medidas de garantia patrimonial serem aplicáveis em função das exigências processuais de natureza cautelar previstas no artigo 227.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 437.

⁽⁹⁾ É este também o sentido da redação vigente do n.º 3 do artigo 400.º do CPP, nos termos do qual passou a ser interposto recurso da parte da sentença relativa à indemnização civil, mesmo que não seja admissível recurso quanto à matéria penal.

co requerer a aplicação de medidas de garantia patrimonial (artigos 194.º, n.º 1, e 227.º, n.º 1, do CPP). Bem como a possibilidade de sujeitar o *responsável meramente civil* à aplicação, em processo penal, de uma medida de garantia patrimonial, nos termos do disposto nos artigos 227.º, n.º 2, e 228.º, n.ºs 1 e 5, do CPP, em desvio à regra de acordo com a qual a aplicação das medidas de garantia patrimonial depende da constituição prévia como arguido da pessoa que delas for objeto (artigos 58.º, n.º 1, alínea b), e 192.º, n.º 1, do CPP).

Em suma, o arresto preventivo previsto na primeira parte do n.º 1 do artigo 228.º do CPP é, tal como a caução económica e o arresto preventivo previsto na segunda parte do n.º 1 deste artigo, uma medida que tem em vista o cumprimento efetivo de obrigações patrimoniais que *venham a constar de decisão final condenatória proferida em processo penal*.

2.4. Da natureza processual penal das medidas de garantia patrimonial, em nada contrariada pela aplicação autónoma do arresto preventivo e pela remissão legal para a lei do processo civil, decorre que esta medida está sujeita aos mesmos princípios e às mesmas condições de aplicação da caução económica e do arresto preventivo subsidiário.

2.4.1. O arresto preventivo previsto no artigo 228.º, n.º 1, primeira parte, do CPP depende, por isso, da prévia constituição como arguido da pessoa que dele for objeto (artigo 58.º, n.º 1, alínea b), e 192.º, n.º 1, do CPP)⁽¹⁰⁾. Só não será assim se a medida de garantia

⁽¹⁰⁾ Vão neste sentido os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de abril de 2014 (*Colectânea de Jurisprudência*, 2014, t. II, p. 164 e ss.) e de 8 de outubro de 2015 (disponível em www.dgsi.pt). Em sentido discordante, em anotação a esta última decisão, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser”, *Julgars Online*,

patrimonial for requerida pelo *lesado* contra o *responsável meramente civil*, ao abrigo do disposto no artigo 228.º, n.º 2, do CPP.

Descontadas estas constelações particulares, a prévia constituição de arguido é condição de aplicação de *todas* as medidas de garantia patrimonial. Porque estas envolvem sempre uma pesada constrição da *liberdade patrimonial* e, mesmo, da autonomia da pessoa por elas concretamente atingida. Só havendo a constituição prévia de arguido estará legitimada a afetação do direito fundamental à propriedade que a aplicação da medida envolve, por referência a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigos 62.º e 18.º, n.º 2, da Constituição). Isto, porque, de um ponto de vista material, a constituição de arguido significa sempre que sobre esta pessoa recai a *fundada suspeita da prática de crime*, podendo vir a ser-lhe aplicada uma pena ou uma medida de segurança.

Neste preciso sentido convergem claramente os artigos 57.º, n.º 1, e 283.º, n.ºs 1 e 2, 58.º, n.º 1, alínea *a*), 192.º, n.º 2, 272.º, n.º 1, e 1.º, alínea *a*), do CPP. Cabendo precisar neste contexto que, de acordo como a lei processual penal, o momento-regra da constituição de arguido é a dedução da acusação, a qual tem o sentido preciso de haver *indícios suficientes* de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, considerando-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma *possibilidade razoável de, a seu tempo, vir a ser aplicada ao arguido uma pena ou uma medida de segurança*⁽¹¹⁾. É certo que isto não significa que só em face de indícios deste tipo possa haver a constituição de arguido, mas é irrecusavelmente abonatório de que a constituição de arguido depende de *indícios qualificados* e não de quaisquer uns. Recorde-se

Dezembro de 2015, p. 1 e ss.

⁽¹¹⁾ Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 351 e ss., e João CONDE CORREIA, *ob. cit.*, p. 181.

que o artigo 251.^º do CPP de 1929 definia o arguido como aquele sobre quem recaía *forte suspeita* de ter perpetrado uma infração, cuja *existência estivesse suficientemente comprovada*.

Dito de outro modo: a aplicação das medidas de garantia patrimonial, determinadas por exigências cautelares de *natureza processual penal*, tem, como pressuposto necessário e incontornável, a *fundada suspeita da prática de crime*. Um pressuposto que só a constituição de arguido permite dar por verificado. À exigência processual civil de *fumus boni iuri* contrapõe-se a exigência processual penal de *fumus comissi delicti*⁽¹²⁾. Ainda que o arresto preventivo seja ordenado de forma autónoma, ao abrigo da primeira parte do n.^º 1 do artigo 228.^º do CPP. Como já afirmámos, a remissão para a lei do processo civil não pode ter o sentido de fazer tábua rasa das condições gerais de aplicação das medidas de garantia patrimonial, nomeadamente a exigência da prévia constituição de arguido. É dizer, a existência de *fumus comissi delicti*.

O critério civilístico da existência de *fumus boni iuris*, constante do artigo 392.^º, n.^º 1, do Código de Processo Civil, não é aqui aplicável por força da remissão para a lei do processo civil. O CPP regula direta e expressamente uma parte — precisamente a parte mais significativa e decisiva — da matéria coberta pela norma civilística. Na parte em que dispõe sobre a *provável existência do crédito*, por via da exigência da prévia constituição de arguido, constante dos artigos 58.^º, n.^º 1, alínea b), e 192.^º, n.^º 1. E na que versa sobre o *justificado receio da perda da garantia patrimonial*, estabelecendo expressamente no artigo 227.^º, n.^º 1, do CPP que as medidas de garantia patrimonial assentam no *justo receio de que faltem ou diminuam substancialmente garantias de pagamento*.

Precisando melhor: é a constituição de arguido que marca o momento a partir do qual é admissível recurso ao arsenal dos meios

⁽¹²⁾ Autonomiza este pressuposto, GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 351.

de coerção ou garantia patrimonial. Uma exigência ou momento procedimental que, no plano substancial ou material, tem como reverso, igualmente necessário e irredutível, a *suspeita fundada da prática de um crime*. É, na verdade, esta suspeita que legitima a constituição de arguido. E, por vias disso, representa “o limiar que tem de ser ultrapassado para permitir o recurso aos meios coercivos do processo penal. Emergindo ao mesmo tempo como baluarte do cidadão face à intromissão do Estado”⁽¹³⁾. A suspeita comporta naturalmente graduações do ponto de vista da sua plausibilidade gnoseológica — *fundada, suficiente, forte ...* — requeridas para a ultrapassagem de determinadas fases processuais ou para a aplicação de formas mais ou menos drásticas de coerção, segundo o princípio de *proporcionalidade*. Independentemente disso, independentemente dos diferentes graus de consistência em termos de “retrospetiva prognóstica” (KÜHNE), a suspeita apresenta sempre um núcleo irreduzível e comum: a referência a um *facto passado, subsumível numa norma incriminatória*. É, de resto a *suspeita* — mais precisamente, a *suspeita fundada* — que marca o limiar (da legitimidade) do processo penal, correspondente à intervenção *repressiva* do Estado. E, como tal, distinto e contraposto à atividade de *pólicia*, voltada para o *futuro* e para a *prevenção* de perigos.

Pela natureza das coisas, a aplicação das medidas de garantia patrimonial, em geral, e do arresto preventivo, em particular, depende da verificação cumulativa e indissociável da emergência de uma suspeita fundada e da constituição de arguido. Sem naturalmente se desconhecer a possibilidade de uma medida de garantia patrimonial ser aplicada sem a prévia constituição como arguido da pessoa que dela for objeto. Será, na verdade assim — mas só será assim — nos casos *excepcionais* em que a *impossibilidade* de constituição de arguido, nos termos do preceituado no artigo 58.º,

⁽¹³⁾ H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 2007, p. 196.

n.º 2, do CPP, justificará que tal aplicação ocorra em desvio à regra, em nome da finalidade processual penal de realização da justiça⁽¹⁴⁾. Em tais situações excepcionais e marginais, a medida poderá ser decretada em nome da *suspeita fundada*. Nunca, porém, por força da aplicação da lei do processo civil.

Interpretar o artigo 228.º, n.º 1, do CPP, na parte em que remete para a lei do processo civil, no sentido de que o arresto preventivo não depende da prévia constituição de arguido da pessoa que dele for objeto (quando a pessoa não tenha responsabilidade meramente civil), é fazer uma interpretação insustentável que a lei processual penal não comporta, à qual corresponde uma violação, tão frontal como irremível, do disposto nos artigos 58.º, n.º 1, alínea b), e 192.º, n.º 1, do CPP, cominando o artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP a sanção da *nulidade*. Estando o processo em fase de inquérito, o *ato de constituição de arguido* é *legalmente obrigatório*, por força do disposto no artigo 58.º, n.º 1, alínea b), nos termos do qual é obrigatória a constituição de arguido logo que tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de garantia patrimonial⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Vai neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de junho de 2004 (disponível em www.dgsi.pt), onde se lê que *não constitui obstáculo intransponível ao decretamento do arresto preventivo o facto de o denunciado ainda não ter sido constituído arguido, designadamente por não se ter ainda logrado interrogá-lo, dada a sua ausência em parte incerta*. Na doutrina, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, comentário ao artigo 228.º, Nm. 2 e JOÃO CONDE CORREIA, *ob. cit.*, p. 174 e s., admitindo ainda este autor que, por razões de conveniência, haja constituição de arguido só depois da aplicação da medida. De todo o modo, em nome de razões de natureza processual penal.

⁽¹⁵⁾ A não constituição de arguido, em violação do estatuído no artigo 58.º, é, por todos, dada como exemplo de ato legalmente obrigatório que acarreta a nulidade prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d). Cf. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, Nm. 6, e HENRIQUES GASPAR, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014, comentário ao artigo 120.º, ponto 6.

2.4.2. Uma outra condição de aplicação do arresto preventivo, em qualquer das suas modalidades, é a audição do arguido (artigo 194.º, n.º 4, do CPP). Trata-se de uma condição de aplicação das medidas de garantia patrimonial, expressamente prevista na lei processual penal em concretização do direito que o arguido goza enquanto sujeito processual de *ser ouvido pelo juiz de instrução sempre que este deva tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete* (artigo 61.º, n.º 1, alínea b), do CPP), em obediência ao comando constitucional segundo o qual o processo criminal de estrutura *acusatória* assegura *todas as garantias de defesa*, ficando os atos instrutórios que a lei determinar sujeitos ao *princípio do contraditório* (artigo 32.º, n.ºs 1 e 5 da Constituição)⁽¹⁶⁾.

E não se diga, relativamente ao arresto preventivo na modalidade de medida autónoma, que não é antecedido de audição do arguido, por ser “determinado nos termos do Código de Processo Civil” (artigos 408.º, n.º 1, anteriormente a 2013, e 393.º, n.º 1, no diploma vigente); que o “requerido não deve ser ouvido, pois só o sigilo da providência cautelar protege o interesse do requerente no arresto preventivo”, sendo “esse o sentido tradicional e histórico do arresto preventivo no direito Português”; e que é “por isso que o artigo 228.º, n.º 3, guarda o contraditório para a dedução da oposição que tiver decretado o arresto”⁽¹⁷⁾.

Em primeiro lugar, o arresto preventivo autónomo *não é determinado nos termos do Código de Processo Civil*. A natureza

⁽¹⁶⁾ Assim também RODRIGO SANTIAGO, *loc. cit.*, p. e 1550 e s., e João CONDE CORREIA, *ob. cit.*, p. 175 e ss.

⁽¹⁷⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, comentário ao artigo 228.º, Nm. 1, é o autor das palavras que não subscrevemos. No mesmo sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de novembro de 2002, e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de setembro de 2013, seguindo este expressamente a posição deste Autor (disponíveis em www.dgsi.pt).

processual-penal desta medida de garantia patrimonial sujeita-a aos princípios e às condições gerais de aplicação estabelecidos no CPP. Um enunciado que, já o vimos, não é contrariado pelo inciso “nos termos da lei do processo civil”. Em qualquer das suas modalidades, o arresto preventivo só vai buscar à lei processual civil o que não estiver expressamente previsto no CPP. Ou o que não dimane, inequívoca e consensualmente, da estrutura, dos valores, dos axiomas e dos princípios basilares do direito processual penal. A começar pela sua matricial expressão constitucional. A título de exemplo, diga-se que é óbvio que competente para aplicar esta medida de garantia patrimonial, na fase de inquérito, é o juiz de instrução e não um juiz com competência em matéria cível⁽¹⁸⁾.

Não é, por isso, aplicável em processo penal, apesar da remissão para a lei do processo civil feita no artigo 228.º, n.º 1, do CPP, a norma que *prescinde da audiência* da parte contrária (artigo 393.º, n.º 1, do Código de Processo Civil). O CPP dispõe sobre a matéria expressamente no artigo 194.º, n.º 4, prescindindo da audição do arguido apenas em caso de *impossibilidade*, devidamente fundamentada⁽¹⁹⁾. E, de todo o modo, sempre haveria de aferir-se, na falta de norma expressa, se a solução de princípio de não audição seria conforme ao princípio do *contraditório* enquanto princípio retor de um processo que assegura todas as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição)⁽²⁰⁾.

Em segundo lugar, o arresto preventivo na modalidade de medida autónoma não tem propriamente tradição e história no direito Português, uma vez que não estava previsto no CPP de 1929 e só em 1998 foi introduzido no CPP de 1987. Não podendo perti-

⁽¹⁸⁾ Decide, expressamente, neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de maio de 2007 (disponível em www.dgsi.pt).

⁽¹⁹⁾ Mas já não em caso de *inconveniência*, o que era também ressalvado na versão primitiva da norma.

⁽²⁰⁾ Assim também, RODRIGO SANTIAGO, *loc. cit.*, p. 1550 e s.

nentemente afirmar-se, para o âmbito do processo penal, que *só o sigilo da providência cautelar protege o interesse do requerente no arresto preventivo*, por tal corresponder à tradição e à história da medida.

Em terceiro lugar, a referência ao n.º 3 do artigo 228.º em nada aponta no sentido de o contraditório estar guardado para a dedução da oposição ao despacho que decreta o arresto preventivo na modalidade de medida autónoma. Já em 1987, na versão originária do CPP, quando o arresto preventivo era meramente subsidiário da caução económica, se estabelecia que “*a oposição ao despacho que tiver decretado o arresto não possui efeito suspensivo*”. A norma hoje vigente já então existia com o mesmo conteúdo, o que mostra que mantém pertinência ainda que o contraditório já tenha sido exercido. O que sucederá sempre que o arresto preventivo seja decretado na modalidade de medida subsidiária, caso em que o contraditório é exercido aquando da aplicação da caução económica.

É certo que o Tribunal Constitucional decidiu “não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 228.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual, remetendo a referida disposição para o regime processual civil, se permite o decretamento do arresto preventivo sem audição prévia do arguido”⁽²¹⁾. Há que atentar, porém, no seguinte:

A norma apreciada corresponde à interpretação que o tribunal recorrido fez do artigo 228.º, n.º 1, e que aplicou no caso concreto como razão de decidir, tendo cabido ao Tribunal Constitucional apreciar a conformidade constitucional de tal norma e não a bondade da interpretação feita do ponto de vista do direito ordinário. Questão diferente é, por isso, a de saber se a norma apreciada é ou não inconstitucional. Independentemente, portanto, de aquela

⁽²¹⁾ Cf. Acórdão n.º 724/2014 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

ser a interpretação correta no plano do direito infraconstitucional. E já dissemos que a remissão para a lei do processo civil não tem o sentido de remeter para a norma processual civil que permite o decretamento do arresto “sem audiência da parte contrária”.

Por outro lado, há que atentar na fundamentação do Tribunal Constitucional e, muito concretamente, nas passagens de onde decorre que para o julgamento de não constitucionalidade, por violação do artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição, foi decisivo estar em causa um arresto preventivo decretado a requerimento do *lesado*, para garantia de um direito de crédito, não tendo, por isso, *em vista as finalidades próprias do processo penal*⁽²²⁾. O que se insere na problemática geral de saber se as medidas de garantia patrimonial requeridas pelo lesado para garantia do pagamento da indemnização civil (artigo 227.º, n.º 2, do CPP) devem seguir um regime distinto das que são requeridas pelo Ministério Público (artigo 227.º, n.º 1, do CPP). Isto, porquanto a indemnização de perdas e danos emergentes do crime é regulada pela lei civil, adotando-se o princípio da adesão (artigos 129.º do Código Penal e 71.º e ss. do CPP). Uma resposta afirmativa poderia até levar a que o arresto preventivo fosse *determinado nos termos da lei do processo civil*, nomeadamente sem audiência do arguido ou do responsável meramente civil.

⁽²²⁾ Cf. ponto 18.1 do Acórdão.

