



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bárbara Guimarães Peixinha Valente

A VEXATIO QUAESTIO DA PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA
THE VEXATIO QUAESTIO OF RELATIVELY INDETERMINATE PENALTY

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Forenses*

Orientadora: Excelentíssima Senhora Professora Doutora Maria João Antunes

Coimbra, 2017

*[Aos meus avós, que fizeram de mim o que sou hoje
Aos meus pais, que lutaram por isto tanto quanto eu
À minha irmã, que sempre acreditou
À titi, que me deu todas as forças
Ao Diogo, que me fez ver que eu ainda tenho todo o
tempo do mundo para ser quem sempre quis]*

RESUMO

A matéria a que me proponho versará sobre a Pena Relativamente Indeterminada, a problematização da mesma e as soluções apresentadas às críticas formuladas. Os comportamentos criminosos desde sempre preocuparam as sociedades e evoluem ou transformam-se em conjunto com estas. Desta forma, o Direito Penal torna-se cada vez mais uma matéria em que a interdisciplinaridade é fundamental para a busca de explicações e soluções cada vez mais eficazes para o combate e prevenção de uma sociedade manchada. Esta reação criminal é relativamente inovadora por existir, sobre esta designação, em Portugal, fugindo de forma mais ou menos evidente às solvências encontradas por outros países para um grupo de indivíduos que, por alguma razão, inata ou não, não se comporta de forma habitual conforme o direito: os delinquentes por tendência. Adiantando, desde já, que existem vários tipos de delinquência tendente e que, em virtude disso, a pena relativamente indeterminada terá não uma execução diferente consoante o caso, antes se encontrará variável nos seus limites mínimo e máximo – portanto, na sua moldura penal abstrata.

«O nosso sistema é de certo monista no sentido de não permitir a aplicação ao mesmo agente, pelo mesmo facto, de uma pena e de uma medida de segurança complementar privativa da liberdade. Ele é, todavia, dualista, não só no sentido de conhecer a existência de penas e de medidas de segurança, mas também no sentido de aplicar medidas de segurança não detentivas a imputáveis (artigos 100.º e ss.) como ainda no de aplicar cumulativamente no mesmo processo, ao mesmo agente, embora por factos diversos, penas e medidas de segurança¹.» Iniciando o estudo na análise do sistema jurídico-penal português à luz das finalidades das penas e da dicotomia monismo / dualismo, passando por considerações iniciais da necessidade da implementação de uma medida como a pena relativamente indeterminada na nossa filosofia penal, terminando com uma análise prática da aplicabilidade da mesma entre nós, representa o caminho que será seguido nesta investigação.

Há ideias que estarão sempre presentes ao longo deste desenvolvimento, principalmente a partir do capítulo III, tais como o facto de a pena relativamente indeterminada assumir-se,

¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais e Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, 2007, pp. 100 et seq.

na prática, como uma execução conjunta de uma medida de segurança e de uma pena, cuja prorrogação só se justifica em função da perigosidade criminal do agente.

ABSTRACT

My theme will be about the Relatively Indeterminate Penalty, the problematization of it and the solutions presented to the criticisms formulated. The criminal actions have always worried societies and evolve or change in tandem with them. In this way, Criminal Law becomes increasingly a matter in which interdisciplinarity is fundamental for the search for explanations and solutions increasingly effective for the combat and prevention of a stained society. This criminal reaction is relatively innovative because it exists, on this designation in Portugal, escaping in a more or less evident way to the solvency found by other countries for a group of individuals who, for some reason, innate or not, doesn't behave in a habitual way according to the law: delinquents by trend. It should be pointed out that there are several types of delinquent tendencies and that, as a result, the relatively indeterminate punishment will not have a different execution depending on the case, but rather will be variable in its minimum and maximum limits - hence in its abstract penal framework .

«Our system is rather straightforward in that it does not allow the application to the same agent of a penalty and a supplementary security measure involving deprivation of liberty. It is, however, dualistic, not only in the sense of knowing the existence of penalties and security measures, but also in the application of non-custodial security measures (Articles 100 et seq.) cumulatively in the same process, to the same agent, albeit for various facts, penalties and security measures.» Beginning the study in the analysis of the Portuguese penal-law system in the light of the purposes of penalties and the monism / dualism dichotomy, necessity of implementing a measure such as the relatively indeterminate sentence in our criminal philosophy, ending with a practical analysis of the applicability of the same between us, represents the path that will be followed in this investigation.

There are ideas that will always be present throughout this development, especially from Chapter III on, such as the fact that the relatively indeterminate sentence will in practice be taken as a joint execution of a security measure and a sentence, whose extension can only be justified by the criminal danger of the agent.

PALAVRAS-CHAVE

Pena Relativamente Indeterminada

Código Penal

Imputável e inimputável

Medida de segurança

Pena

Monismo e dualismo

Liberdade

Medidas e penas privativas da liberdade

Fins das penas

Liberdade vigiada

Vicariato na execução

Execução

Liberdade condicional e liberdade para prova

Delinquência por tendência

Delinquente

Perigosidade

Culpa

Crime

KEYWORDS

Relatively undetermined penalty

Criminal Code / Criminal Law

Imputable and unimputable

Security measure

Penalty

Monism and dualism

Liberty / Freedom

Measures and penaltys involving deprivation of liberty

Penalty's purposes

Watched liberty

Vicarious in execution

Execution

Conditional liberty and liberty for proof

Delinquency by trend

Delinquent / defaulter

Dangerousness

Guilt

Crime

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Cf. – Confrontar

PRI – Pena relativamente indeterminada

CP – Código Penal

ss. - seguintes

n.º - número

n.ºs – números

op. cit. – *opus citatum*, obra citada

p. / pp. – página / páginas

et seq. – e seguintes

v.g. – *verbi gratia*, a título de exemplo

vs. – *versus*

ÍNDICE

Agradecimentos.....	1
Resumo.....	2
Abstract.....	4
Palavras-Chave	5
Keywords	6
Lista de Siglas e Abreviaturas	7
Introdução	10
Capítulo I – Abordagem Inicial.....	11
1. Um breve deambular sobre a Pena Relativamente Indeterminada	11
Capítulo II – Dos fins das penas à opção tendencialmente monista.....	14
1. A incansável problemática dos fins das penas	14
1.1 As teorias absolutas	14
1.2 As teorias relativas	15
1.3 O artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal Português	16
2. Anos 60 e o monismo vs. dualismo	18
2.1 Monismo.....	19
2.2 Monismo tendencial	19
2.3 Dualismo	20
Capítulo III – Das penas e medidas de segurança aos imputáveis e inimputáveis	24
1. Penas e medidas de segurança.....	24
2. Penas e medidas de segurança privativas da liberdade	27
3. Imputáveis e inimputáveis	29
Capítulo IV – A PRI de outrora	31
1. A delinquência e os delinquentes	31
2. O delinquente perigoso.....	35

3. O princípio da culpa	38
Capítulo V – A PRI de agora	42
1. A pena relativamente indeterminada <i>tout court</i>	42
1.1 A PRI na lei	48
1.2 A PRI na doutrina.....	54
1.3 A PRI na jurisprudência	57
2. Alternativa à PRI?	59
Conclusão.....	62
Bibliografia	63
Jurisprudência	66

INTRODUÇÃO

No decurso de uma de muitas aulas do curso de Direito Penal que tive a sorte de assistir, lecionadas pelo distintíssimo Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, ouvi pela primeira vez o termo *Pena Relativamente Indeterminada*. Não lhe fiquei indiferente, sabendo que qualquer que fosse o meu futuro, haveria de estudar sobre o mesmo. Isto porque o tema em estudo não foi tão aprofundado quanto eu gostaria, porque com a sua forma apaixonada de contar histórias das quais tomava conhecimento ao longo da sua vasta carreira me iludia o Doutor, porque sabia que a maior parte dos meus caríssimos colegas não entendia a necessidade de uma sanção criminal a este nível no nosso sistema jurídico-penal. Tudo o que se relacionasse com a psiquiatria humana e jurídica me fascinava e, sabendo que a lei evolui à medida que evolui a sociedade, teria de haver uma explicação para a permanência desta reação na lei penal portuguesa.

O que é a pena relativamente indeterminada; que conceitos lhe são inerentes e a sua evolução ao longo do tempo; como ela é abordada pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência; se existirá alguma alternativa a esta sanção criminal são os pontos fulcrais do tema em apreço, aos quais procuro apresentar respostas e soluções. Como tal, posso afirmar que são tecidas diversas críticas a este instituto, pelo que se pareceu adequado o título por mim escolhido: *A vexatio quaestio da Pena Relativamente Indeterminada*. No sentido de vos dar a conhecer o problema-superação da mesma; os problemas que se lhe apontam e se são ou não fundados. Esses problemas funcionam tanto a nível da doutrina em que, excelentíssimos nomes dão a conhecer a sua opinião, que pode ir contra ou a favor deste instituto, como também problemas ao nível da compreensão do mesmo, por sujeitos que, com certeza, se virão a tornar também excelentíssimos nomes e manifestarão o seu parecer. Para tal, me apoiarei dos meus benfeitorizes companheiros nesta etapa de vida académica: a coletânea de artigos referentes à pena relativamente indeterminada que o nosso Código Penal nos ostenta (desde o artigo 83.º ao artigo 90.º, sem esquecer todos aqueles que servirão de apoio e interdisciplinaridade na matéria respeitante à regulamentação penal e legal do tema em análise).

CAPÍTULO I – ABORDAGEM INICIAL

1. UM BREVE DEAMBULAR SOBRE A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA

“Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida”². Assim se apresenta o artigo 30.º/1 da Constituição da República Portuguesa, lei fundamental do nosso país. Numa primeira e desatenta abordagem poderíamos incorrer no erro de assumir, então, a pena relativamente indeterminada como uma violação a um dos princípios constitucionalmente regulados. A verdade é que sem muito esforço conseguimos perceber por que tal raciocínio não deve ser levado avante, uma vez que esta consequência jurídica do crime tem um limiar mínimo e um limite máximo, pelo que não é totalmente desprovida de definição³. Precisamente por não ser absolutamente indeterminada (uma vez que encontra o seu mínimo e máximo fixados na sentença) é que esta “pena” também não põe em causa um dos corolários do princípio da legalidade penal: *nulla poena sine lege*. Sabemos já que tal princípio é fundamental para que possa existir uma confiança por parte do cidadão na garantia dos seus direitos⁴. Este corolário baseia-se na máxima de que não há crime sem lei e, concretizando, não há crime sem lei determinada. Sendo assim estão expressamente proibidas ou excluídas do catálogo de leis aquelas que sejam inexistentes ou indeterminadas a ponto de não garantir a segurança do cidadão; a previsibilidade de que àquele facto em concreto cabe aquela consequência jurídica específica. Consegue-se prevenir assim as penas arbitrárias⁵. Não podemos reduzir, então, a pena relativamente indeterminada a um resultado de uma sentença, em que a sua exatidão fica a depender de alguém que, por lei, tem o poder de soltar um recluso.

A pena relativamente indeterminada é um conceito só por si complexo. Pena. Relativamente. Indeterminada. Sugere que se trata efetivamente de uma pena (uma consequência jurídica

² A Constituição da República Portuguesa apresenta-nos os direitos fundamentais dos cidadãos e, enquanto lei suprema da nação, qualquer indicação que siga o contrário do que dita este documento – salvo assumidas exceções – é considerado inconstitucional, pelo que não deveria ser assumido como princípio orientador.

³ Poderíamos utilizar o artigo 30.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa como justificação para assumir a pena relativamente indeterminada como uma das exceções à regra geral representada no número anterior, porém aqui só se fala em medidas de segurança e vamos perceber que a pena relativamente indeterminada não inicia, não se esgota, nem tão pouco coincide com uma mera medida de segurança.

⁴ Cf. MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A pena relativamente indeterminada na perspetiva da reinserção social do recluso* (1983), JDC, pp. 287 et seq.

⁵ Cf. *Ibidem*, p. 287.

para um crime⁶ cometido por um imputável; porque aos inimputáveis se aplicam medidas de segurança) e que ela não tenha uma determinação como aquela a que estamos habituados quando se fala, v.g., de uma pena de prisão de 12 anos, em caso de homicídio. É neste momento que parece instaurar-se alguma confusão: se sempre dissemos que apenas existem, entre nós, penas e medidas de segurança, estando as primeiras delimitadas pela culpa do agente e aplicando-se a imputáveis e as segundas limitadas pela perigosidade do agente, sendo este um inimputável, onde e como nasce a pena relativamente indeterminada?

Tendo sempre presente que o Direito não se esgota na lei, podemos partir de lá para iniciar o estudo do que é ou pretende ser, portanto, a pena relativamente indeterminada. É para a sequência de artigos iniciada no 83.º do Código Penal Português (até ao artigo 90.º) que temos que olhar quando queremos saber o que a lei nos tem a dizer sobre a pena relativamente indeterminada. Se nos debruçarmos sobre o primeiro deste conjunto de artigos podemos ter uma ideia de quais as circunstâncias em que se deve aplicar esta consequência jurídica do crime. “Quem praticar crime doloso a que devesse aplicar-se concretamente prisão efetiva por mais de 2 anos e tiver cometido anteriormente dois ou mais crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada prisão efetiva também por mais de 2 anos, é punido com uma pena relativamente indeterminada, sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista”. Ora, como era de esperar, a lei não nos conta o que é afinal esta “pena”. Teremos então que procurar sobre a história da mesma, bem como sobre a sua justificação político-criminal.

Uma vez que estamos a falar de uma consequência jurídica do crime, de uma sanção jurídico-penal que não coincide completamente com nenhuma das duas mais comuns (pena e medida de segurança) vamos voltar à época em que se discutia se deveríamos adotar um modelo monista ou dualista no que toca às reações criminais. Nessa altura, fez-se uma opção, apresentou-se a justificação dessa mesma preferência e nasceu a pena relativamente indeterminada como solução apresentada para aquilo que seria o ponto fraco da nossa escolha. Mas antes disso, ponto fulcral será analisar de forma breve e sucinta aquilo que hoje nós chamamos de “fins das penas”, isto é, o fundamento no qual nos baseamos para aplicar

⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.*, p. 237. Para existir crime tem que existir uma ação; que essa ação seja típica, ilícita, culposa e punível, assumindo-se estes os cinco elementos constitutivos do conceito de crime.

determinada pena a um agente. A discussão em torno dos fins das penas nunca se esgota, aparecendo sempre novas formas de pensar ou novas fundamentações que vêm completar alguma das teorias, de forma a acompanhar sempre a própria evolução natural do sistema jurídico-penal. Vejamos.

CAPÍTULO II – DOS FINS DAS PENAS À OPÇÃO TENDENCIALMENTE MONISTA

1. A INCANSÁVEL PROBLEMÁTICA DOS FINS DAS PENAS

Quase todas as opções que devem ser tomadas, na prática, num – ou por um – sistema jurídico-penal têm por base a teoria para a finalidade da pena que abraçamos. É imprescindível, naturalmente, para quem toma a decisão de aplicar uma pena saber responder a questões como o “porquê” e o “para quê” dessa pena.

1.1 - AS TEORIAS ABSOLUTAS

A grande dicotomia apresenta-se ao nível das teorias absolutas ou da retribuição e das teorias relativas. As primeiras, onde a pena é vista como uma exigência absoluta, eticamente necessária para que se faça justiça, fechando os olhos à consequência que tal pena traria ao interesse social, porque colocando a justiça e esse interesse numa mesma balança, o prato que mais desceria seria o da justiça. É como que uma ilustração da frase de Kant «quando a justiça desaparece, a vida na terra deixa de ter valor». A palavra “retribuição” vem porque esta exigência de punição surge como um castigo para o ato praticado. Acontece como algo natural, como se tratasse de uma reação a uma ação, por ordem natural da própria convivência. A pena apresenta aqui uma imagem de reparação pelo praticado⁷. Ora bem, o princípio do livre-arbítrio do qual parte esta teoria não pode ser objeto de demonstração científica, mas parece que tal argumento não é suficiente para rejeitar este modo de pensar, uma vez que os próprios princípios do estado de direito também podem não ter demonstração científica e, no entanto, alicerçam-no. Em segundo lugar, falar-se em justiça metafísica ou divina não parece compreensível nem aceitável aos olhos de um estado de direito democrático, porém não falamos aqui de uma justiça puramente teleológica, pelo que resumir este argumento crítico a isso também não seria justo. Por fim, outra crítica feita a estas teorias é o facto de que não parece racional eliminar um mal (ato praticado) com outro mal (pena). É verdade que dificilmente conseguimos encontrar uma pena que não seja “um mal”: se a pena não causasse sofrimento, não seria uma pena. Mas também é verdade que só é um mal por parte de quem a tem que cumprir (e muito embora pudéssemos pensar na ideia

⁷ Cf. VAZ PATTO, Pedro, *Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões*, pp. 1 et seq, disponível em

http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf, consultado em 20/02/2017.

de que neste sentido estaríamos quase a elevar como máximo o pensamento de “olho por olho”⁸, não conseguimos negar a exigência por parte da sociedade de restaurar o valor da norma violada). A própria pena também pode ser vista com um alcance retributivo na medida em que convida o agente a ressocializar-se naquela comunidade; a reintroduzir-se nas práticas conformes, sendo aceite, após cumprir a sua pena, na sua sociedade. Funciona quase como uma reconciliação do agente com a sociedade: quando há arrependimento sincero por parte do agente então essa aceitação da sociedade, essa reconciliação entre ambos, acontece de forma espontânea e natural.

1.2 - AS TEORIAS RELATIVAS

Depois temos também as teorias relativas⁹, onde a pena surge como uma utilidade que se consubstancia na circunstância de obstar à prática de novos crimes. Não será tanto uma ideia de castigar o agente, antes de proteger a sociedade e fazer com que nem o agente nem outro qualquer membro da sociedade pratiquem crimes no futuro. Quando se pretende evitar que o agente cometa novo crime atuamos no âmbito da prevenção especial; quando, pelo contrário, o objetivo é evitar a prática de crimes pela sociedade então entramos no âmbito da prevenção geral.

- a) Para a teoria da prevenção geral negativa ou de intimidação, a pena aparece com o sentido de intimidar os potenciais criminosos, afastando a prática delincente¹⁰. Para os defensores desta teoria, o homem move-se pelo prazer de fazer algo e permanece sem atuar pelo desprazer que essa ação pode trazer – a consequência. Reduzir esta situação à mais ou menos grave punibilidade de um ato não coincide com a realidade dos nossos dias, em que o agente decide atuar ou não com base na maior ou menor possibilidade de ser descoberto (e não na gravidade da pena). Além de que, como a maioria – felizmente – da comunidade atua de acordo com o direito e como esta teoria tem como público-alvo o potencial delincente, isto quer dizer que ela só se adequará a uma minoria.
- b) A teoria da prevenção geral positiva ou de integração traduz-se no reforço da confiança, da consciência jurídica comunitária quanto à validade de ordem

⁸ Os mais ligados à justiça divina defendem que ao mal do ato praticado deve responder-se com o bem e que tal ideia devia servir de base para o próprio direito penal.

⁹ Cf. VAZ PATTO, Pedro, *op. cit.*, pp. 7 et seq.

¹⁰ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.*, pp. 50 a 53.

jurídica¹¹. Isto porque perante a violação de determinada norma, é como se esta perdesse parte do seu valor, pelo que o restabelecimento do mesmo é indispensável. Esta é assumidamente a teoria que mais eco encontra na doutrina portuguesa¹².

- c) Para a teoria de prevenção especial negativa o importante é tentar evitar a prática de futuros crimes por parte do próprio agente, com o objetivo de proteger a sociedade. Fomenta assim a segregação desse agente. Todavia, se assim for, parece que, na prática, estamos a punir o agente com base na sua perigosidade (uma vez que é a sua perigosidade que pode por em risco a segurança comunitária) e não com base na sua culpa: abdica-se do princípio da culpa e usamos a fundamentação típica da medida de segurança também nas penas.
- d) A teoria de prevenção especial positiva¹³, por fim, assume a pena como uma forma de reeducar o agente, facilitando a sua reintegração ou reinserção na sociedade¹⁴. A pena de prisão é demasiado nociva e apresenta efeitos demasiado prejudiciais para o agente e para os que o rodeiam. Por essa razão o próprio artigo 70.º do Código Penal prevê que se prefiram penas não privativas da liberdade quando sejam suficientes para fazer face à culpa do agente em virtude do crime cometido. Também esta teoria é facilmente aceite entre nós.

1.3 - O ARTIGO 40.º, N.º 1, DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

É no artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal Português que se desmistifica sobre qual a doutrina que mais influencia o nosso sistema jurídico-penal: cria-se uma alusão à finalidade de prevenção geral positiva com o reforço da consciencialização comunitária relativamente à validade dos próprios bens jurídicos e das normas que os protegem. Além disso, ao fazer referência à reintegração do agente na sociedade, este artigo dá ainda ênfase à finalidade de prevenção especial positiva. Não fazendo desta norma um dogma, fornece, o legislador, ao julgador critérios seguros para a determinação da pena concreta. Jorge de Figueiredo Dias vai mais longe¹⁵ e assume quatro postulados decorrentes desse artigo que devem vincular o

¹¹ Cf. *Ibidem* pp. 54 a 58.

¹² Cf. *Ibidem* pp. 78 e 79.

¹³ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.*, pp. 81 a 84.

¹⁴ Cf. VAZ PATTO, Pedro, *op. cit.*, pp. 10 et seq. Pode até tratar-se de uma simples inserção social porque talvez o agente nunca tenha estado sequer inserido na comunidade.

¹⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 84 e 85.

próprio aplicador dos critérios: em primeiro lugar, a pena tem finalidades exclusivamente preventivas e nunca puramente retributivas; a questão do princípio da culpa, em que esta é o limite máximo e inultrapassável da pena; a existência de uma moldura de prevenção geral de integração, onde o limite máximo coincide com o ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e o limiar mínimo com as exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico e, por fim, que é dentro desta moldura que a prevenção especial é encontrada, dando a conhecer então a medida exata da pena.

2. ANOS 60 E O MONISMO VS. DUALISMO

“Para compreender o direito penal moderno é decisiva a diferença entre pena e medida de segurança: toda a pena pressupõe a culpabilidade do sujeito quando praticou o facto – no passado –, enquanto toda e qualquer medida de segurança pressupõe, por sua vez, uma contínua perigosidade do sujeito – para o futuro¹⁶.” Assim compreende-se que a culpabilidade não é condição da medida de segurança, mas também não a impede, em muitos dos casos.

Influenciado pelo movimento internacional reformador ao nível das sanções criminais, em 1963 surge o embrião do que seria um projeto da parte geral do Código Penal Português, encabeçado por Eduardo Correia.

De entre as várias posições que por essa altura se decidiu tomar, há uma matéria que parece não ficar radicalmente decidida: aquilo que seria o nosso sistema de reações criminais. Tem-se vindo a entender que o nosso legislador da altura não pretendeu assumir uma posição rígida de agrupar as medidas de segurança e as penas, como nessa época foi feito noutros países¹⁷, mas sim repudiar a posição dualista. Assim sendo, passaria a não ser possível, por força da lei, aplicar ao mesmo agente e pela prática do mesmo facto, cumulativamente, uma pena e uma medida de segurança, ambas privativas da liberdade¹⁸. Só que, se isso nos bastasse ficaríamos com um problema por resolver: os agentes que, adotando um sistema dualista¹⁹ seriam punidos com uma pena e uma medida de segurança, deixando estas sanções criminais a funcionar como um complemento uma da outra. Estes são aqueles agentes que são especialmente perigosos ou têm uma acentuada inclinação para o crime aos quais, por força do princípio da culpa, não se pode aplicar uma pena que vá além do limite da sua culpa²⁰, mas que também não são considerados inimputáveis no verdadeiro sentido da palavra para que sejam punidos apenas com uma medida de segurança. Estes apresentam

¹⁶ Cf. ROXIN, 2003, p. 42, *apud* RIVAS, García, *La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad*.

¹⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Consequência jurídica do crime, Direito penal português, parte geral II*, Coimbra Editora, 2013, p. 54.

¹⁸ Cf. *Idem*.

¹⁹ O sistema dualista admite a aplicação a um mesmo agente e pela prática do mesmo facto de uma pena e uma medida de segurança cumulativamente.

²⁰ Não pode nunca existir pena sem culpa nem tão pouco que a medida da pena exceda a medida da culpa, funcionando assim a culpa do agente como teto máximo da medida da pena, é no que se traduz o princípio da culpa. Cf. Artigo 40.º, n.º 2 do *Código Penal*. Este princípio resulta indubitavelmente do princípio consagrado no artigo 1.º da *Constituição da República Portuguesa*: o princípio da dignidade da pessoa humana.

duas características – a culpa e a especial perigosidade – que, na maioria dos casos, não se encontram combinadas num mesmo agente, permitindo assim categorizar como imputável ou inimputável um autor do facto que só apresente uma dessas características ou que uma se destaque em relação à outra.

Neste mesmo projeto do código penal de 1963 pôs-se em cheque a nossa inclinação para o sistema monista quando se previa a possibilidade de internar um imputável com uma anomalia mental que o tornava criminalmente perigoso num estabelecimento destinado a inimputáveis para além do tempo máximo da pena a aplicar. Ele poderia assim estar internado tempo indeterminado, saindo do estabelecimento somente quando se verificasse o fim do estado de perigosidade criminal²¹. Esta situação não passou para o código penal, tendo sido revista a tempo, afirmando a coerência monista do estado penal português.

A questão fundamental prende-se com saber se, naqueles casos em que um agente imputável pratica um facto típico-ilícito e que o limite da sua culpa parece insuficiente para dar resposta às exigências de prevenção²², se deve estender o conceito de culpa ao ponto de se dispensar a aplicação de uma medida de segurança ou não. Se se optar por fazer essa extensão, então somos monistas. Se, pelo contrário, o princípio da culpa se sobrepuser, não permitindo exceder a pena para além da medida da culpa do agente, então somos dualistas.

2.1 - MONISMO

Um sistema monista é aquele em que as duas espécies de sanções (penas e medidas de segurança), embora existentes, funcionam como num sentido único, segundo as suas finalidades. Como se funcionassem ambas como uma sanção, sendo utilizadas uma ou outra, consoante o caso concreto. Ou seja, um estado admitir a existência e aplicabilidade tanto de penas como de medidas de segurança não significa, só por si, que seja dualista.

2.2 - MONISMO TENDENCIAL

O código penal, a partir do seu artigo 83.º, opta por um sistema tendencialmente monista, ou seja, um sistema em que o legislador prevê, para os imputáveis perigosos, uma pena relativamente indeterminada. Esta pena não deve ser confundida integralmente como uma

²¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge (2013), *op. cit.*, p. 56.

²² Estes agentes são os chamados delinquentes especialmente perigosos.

pena de culpa, mas antes com uma mistura entre pena e medida de segurança. Identifica-se com uma pena até ao limite da sanção que concretamente caberia ao facto, e na parte restante mostra-se como uma medida de segurança, fundamentada pela ainda existente perigosidade do agente.

Eduardo Correia veio defender que um sistema não perderia a sua qualidade monista por prever a aplicação de penas e medidas de segurança nem tão pouco se aplicasse medidas de segurança a um imputável (que, por maioria de razão, estariam destinadas apenas a inimputáveis num sistema monista puro), desde que tais reacções não fossem privativas da liberdade. Caso se aplicasse uma medida de segurança privativa da liberdade (internamento) a um imputável, por sua vez, já colocaria em causa o monismo do sistema. No entanto, esta última ideia contradiz aquilo que o próprio defendia: é perfeitamente possível que um mesmo agente venha a ser julgado, num mesmo processo, pela prática de dois factos, em que para um dos quais se apresenta como imputável e para outro como inimputável. Se assim for, pode ser necessária a aplicação de uma pena detentiva da liberdade (v.g. pena de prisão) se aquele facto previr tal punição e, não bastando, pode carecer-se ainda de uma medida de segurança detentiva (como a de internamento)²³.

Assim e em forma de conclusão, o nosso sistema é de base monista por não permitir então a aplicação cumulativa a um mesmo agente, e pela prática do mesmo facto, de uma pena e uma medida de segurança privativas da liberdade. No entanto, ele não é um monista puro, uma vez que prevê ambas as sanções criminais, porque permite a aplicação de medidas de segurança não detentivas a agentes imputáveis e porque admite uma situação em que se possa aplicar ambas cumulativamente a um mesmo agente, num mesmo processo, mas por factos diferentes.

2.3 - DUALISMO

A maioria dos sistemas jurídico-penais assenta num sistema de reacções criminais dualista. Dualista não só por incorporar no seu catálogo de sanções as penas (em que o seu pressuposto de aplicação é a culpa do agente) e as medidas de segurança (cujo delinquente deve ser punido com base na sua perigosidade), mas também dualista por permitir a aplicação cumulativa de uma pena e uma medida de segurança. Por ser “duplamente dualista” há quem

²³ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge (2013), *op. cit.*, p. 418.

chame também sistema de dupla via ou de duplo binário. Assim, não se pode dizer sem mais que um sistema que acolha penas e medidas de segurança é dualista, uma vez que se cada uma tiver um público-alvo não haverá lugar a aplicação cumulativa de ambas como resposta à prática de um mesmo facto.

Este sistema é duramente criticado tendo por base três pontos: a questão do princípio da culpa e de uma hipotética violação ou desconsideração; a questão do vicariato na execução e, por fim, a chamada “burla de etiquetas”.

- a) Em primeiro lugar, parece que não faz sentido estar a reger o direito penal por um princípio que não permite a penalização de determinado facto se não houver culpa por parte de quem o praticou nem permite que tal pena seja superior à culpa do agente se na prática se vai permitir completar a pena (que não excede a culpa) com uma medida de segurança cuja fundamentação é encontrada numa qualidade naturalística da personalidade do agente, isto é, na perigosidade do mesmo. Porém, também é verdade que as exigências de defesa social assumem um papel muito importante perante a criminalidade, pelo que se só uma pena não é suficiente para dar resposta a essas exigências, há que arranjar uma solução. Além disto, é certo que a limitação da pena através da culpa do agente é uma forma prática e eficaz de limitar o poder sancionatório do estado, mas não é nem nunca foi a única capaz de o fazer, até porque o princípio da culpa não representa um princípio jurídico-constitucional de todo o ordenamento jurídico sancionatório.
- b) Depois, em relação ao vicariato na execução, nas palavras de ZIPF, quando se aplicam ambas as sanções de forma a privar a liberdade do condenado tanto com a pena como com a medida de segurança, a própria execução dessa aplicação funciona como uma “unidade de efeitos reciprocamente determinada”²⁴. O vicariato na execução ou “princípio do vicariato”²⁵ rege a execução da aplicação conjunta de uma pena com uma medida de segurança, quando esta é a opção do juiz. Assim sendo, assenta em três notas fundamentais:

²⁴ Cf. ZIPF *apud* ROXIN E OUTROS, Einführung in das neue Strafrecht (1974) 106.

²⁵ Cf. ANTUNES, Maria João, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, (1993) p. 124. Maria João Antunes explica que optamos pela expressão “princípio do vicariato” em detrimento de “sistema de vicariato”, uma vez que entendemos que o vicariato nasceu por uma necessidade crescente do sistema dualista, não se opondo a ele, antes o complementando ou “corrigindo”.

a primeira execução a concretizar é a da medida de segurança (depois desta inicia-se então a execução da pena); a execução da medida de segurança deve ser sempre descontada na pena a realizar posteriormente e quando a ela haja lugar (a não necessária execução da pena restante é a terceira nota a reter deste princípio). Este vicariato na execução foi necessário nos sistemas dualistas devido à descrença, por parte destes, numa autossuficiente pena eficaz, limitada pela culpa, de garantir as exigências preventivas. Posto isto, apesar de se poder pensar então que neste contexto as penas e as medidas de segurança exercem quase que indiscriminadamente aquilo que seria a função de uma e de outra, confundindo-se, certo é que o vicariato apresenta um núcleo essencial que se for verificado, não se justifica esse pensamento de “embuste” ou de “desnecessariedade”. Ou seja, podendo haver uma complementaridade, não haverá uma utilidade indiscriminada se, executando-se primeiro a medida de segurança, se imputar à pena todos os efeitos úteis alcançados com a primeira sanção cumprida e aplicando-se à execução no seu todo aquelas medidas de substituição ou incidentes de execução que favoreçam a socialização do agente (v.g. suspensão da própria execução ou libertação condicional).

- c) Por fim, quanto à “burla de etiquetas”, se partirmos do princípio que um sistema dualista não leva em consideração nem o princípio da culpa, nem a eficácia do princípio da socialização, e se permite a aplicação de uma medida de segurança seguida por uma pena para “salvar” essas crenças (ou pelo menos disfarçar a “descrença”), então, se não consegue dar satisfação às exigências práticas no verdadeiro sentido penal conhecido, então esse direito penal que aceita o sistema dualista é como que uma farsa (a tal “burla de etiquetas”, nas palavras de KOHLRAUSCH²⁶, que alertava para o perigo de não ser possível seriamente diferenciar, na própria execução, a pena privativa da liberdade da medida de segurança detentiva para os inimputáveis, funcionando quase como uma só transferência do condenado da ala direita para a ala esquerda de um mesmo estabelecimento²⁷). No entanto e como anteriormente explicado, a pena e a medida de segurança não coincidem, nem do ponto de vista do delinquente que

²⁶ Cf. KOHLRAUSCH, ZStW44 1932 33 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.*, (2003).

²⁷ Cf. MEZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Ein Studienbuch (1960), 9ª edição, Munique e Berlim, Beck, p. 306 *apud* FRAGOSO, Heleno.

as sofre, nem do ponto de vista da sociedade que as aplica. São instrumentos diversos tanto na sua legitimação ou fundamento, como nos seus pressupostos.

O fim último das penas e das medidas de segurança não se limita a assegurar aquelas liberdades individuais referidas, mas também defender aquele conjunto de valores e interesses que, num certo momento e dentro de uma certa comunidade, se julga que devem ser defendidos pelo direito e, em especial, pelas sanções criminais tal e qual como as conhecemos²⁸.

²⁸ Cf. DOS SANTOS BELEZA, José, *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal* (1968), p. 135.

CAPÍTULO III – DAS PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA AOS IMPUTÁVEIS E INIMPUTÁVEIS

1. PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

As penas englobam tanto as penas principais (pena de prisão e pena de multa) como as penas acessórias (só se aplicam juntamente com uma qualquer pena principal) e ainda as penas de substituição (penas que se aplicam em vez das penas principais). Estas sanções, uma vez que defendem determinados interesses – gerais ou individuais – que devem ser protegidos pelo direito penal, têm um reverso da moeda que consiste no atingimento dos interesses dos indivíduos que as sentem.

As medidas de segurança conhecem umas detentivas (internamento de inimputáveis) e outras não detentivas (interdição de profissões, suspensão da execução do internamento, expulsão de estrangeiros). Nas primeiras há uma privação da liberdade, pelo que também podem ser chamadas de medidas privativas da liberdade, enquanto nas segundas não há essa privação.

Além de as penas serem condicionadas pela culpabilidade e as medidas de segurança pela perigosidade, outra diferença reside no facto de que a culpabilidade, por ser dirigida também à ação criminosa, é previamente determinada, enquanto que a medida de segurança é, quanto à sua duração, indeterminada, executando-se enquanto durar a perigosidade do agente e podendo ser modificadas quando tal se exigir. Enquanto que as normas relativas às penas se aplicam somente a factos decorridos após a sua entrada em vigor, as novas medidas de segurança são de aplicação imediata, uma vez que o que está em causa é a perigosidade existir no momento em que tais medidas se mandam aplicar. A própria libertação do delincente que foi sujeito a medida de segurança privativa da liberdade representa um momento crítico para este na medida em que o estamos a recolocar na titularidade do seu total livre-arbítrio e autonomia, podendo ser necessária a verificação de certas exigências especiais.

Tal como ROXIN explana, e bem, as medidas de segurança são necessárias exatamente ali, onde a pena não consegue chegar por se encontrar limitada pelo princípio da culpa. As medidas de segurança têm, diferentemente das penas, um único e exclusivo fim de prevenção especial²⁹. Devem atuar somente sobre a pessoa individual, sobre a personalidade da mesma,

²⁹ Recorde-se que prevenção especial é a tentativa de evitar a prática de futuros crimes, por parte do próprio agente.

com o objetivo de evitar que cometa novos crimes. O facto de que as medidas, em contraposição com as penas, se podem aplicar sem levar em consideração a medida da culpa do agente, podendo ir além desta, requer, como é óbvio, uma justificação particular. Essa justificação, segundo este jurista alemão, assenta na ideia de ponderação de bens e interesses, tal como acontece no estado de necessidade justificante: quando, de forma impreterível, a necessidade da segurança da comunidade o exigir, o particular deve aceitar as medidas que, independentemente do seu grau de culpa, se apresentem como necessárias. Sendo certo que as medidas de segurança obrigam ao princípio da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade³⁰.

Punir pela perigosidade é como dizer que estamos a punir pela probabilidade, ainda que alta, que o agente faça algo. Estamos a punir por algo que ainda não fez, além de punirmos pelo que já fez. Ou seja, o próprio conceito da perigosidade faz crer que, ao contrário da punição pela culpa, não prevendo o futuro, podemos falhar. Claro que certo também não seria esperar que esse “agente especialmente perigoso” praticasse o facto para depois ser punido. Mas afirmar que punimos esse indivíduo também pelo que pode vir a fazer não parece justo principalmente porque nos foi inculcado que o direito penal não pune nem poderia punir intenções ou morais. Como podemos então fazer um juízo ou avaliação sobre o estado de perigosidade do agente? “O agente continua perigoso: demonstra intenção de praticar novos crimes se colocado em liberdade”. Parece fazer-se uma segregação social entre o imputável e o inimputável, como se os mesmos princípios de direito não fossem aplicados em ambas as situações³¹, quase levando como verdade absoluta que se uma pessoa for imputável, cumprindo a sua pena de prisão, no momento de sair em liberdade não tornará a cometer crimes; porém, se se tratar de um inimputável, há que fazer uma avaliação possivelmente mais rígida, inclusive do seu estado de perigosidade.

Com base no que foi dito, a fundamentação das medidas de segurança em uma suposta ponderação de interesses abre caminho para tornar autenticamente vulneráveis os direitos fundamentais, na medida em que se vamos concentrar as garantias constitucionais no âmbito do “direito penal da culpabilidade” e abdicar de algumas – quando não de todas – no âmbito

³⁰ Cf. Acórdão de 02-02-2006 STJ (Medidas de segurança...). Artigo 18.º, n.º 2 da *Constituição da República Portuguesa*.

³¹ “Existe *in dubio pro reu* no caso da medida de segurança?”

restante do direito penal da perigosidade, então quando e se o legislador decidir adotar medidas extremas não haverá um “contra interesse” forte o suficiente para se opor a elas³².

O sistema dualista foi a porta aberta às medidas de segurança e a um verdadeiro “direito das medidas de segurança” que passou a representar uma nova conformação de controlo social, fechando os olhos de forma ainda significativa às garantias constitucionais. Parece que tem sempre mais peso a segurança da comunidade, o que coloca em perigo a liberdade individual. Numa época temporal relativamente curta, as medidas de segurança têm conquistado um espaço punitivo cada vez maior³³.

A medida de internamento, privativa da liberdade, tem um regime de cumprimento, na prática e para o condenado, muito parecido à pena de prisão. Muitas vezes a própria pena de prisão é mais leve, na medida em que permite a saída do estabelecimento prisional³⁴. Neste sentido, a aceitação, no âmbito da pena de prisão, da privação da liberdade individual para a vida é típica das finalidades preventivas-gerais, finalidades essas inerentes à própria pena. Se assim é, e se as medidas de segurança encontram a sua fundamentação nas finalidades preventivas-especiais, elas não deveriam privar a liberdade tal e qual como o podem fazer. Pelo menos, a privação da liberdade em caso de aplicação de uma medida de segurança deve obedecer a uma exaustiva e personalizada análise sobre a perigosidade do sujeito. A ponderação entre o perder da liberdade e o objetivo preventivo-especial que se procura alcançar só será equilibrado e proporcional se o tratamento a impor ao condenado for intensivo e especificamente sobre o mesmo, iniciando-se ainda durante o cumprimento da pena de prisão, não esperando pelo fim da mesma.

³² Cf. RIVAS, García, *op. cit.*

³³ Cf. PORTILLA CONTRERAS, 2007, p. 41 et seq.; BRANDÁRIZ GARCÍA, 2009, p. 29 et seq., *apud* RIVAS, García, *op. cit.*, p. 155.

³⁴ Prisão por dias livres, v.g.

2. PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA PRIVATIVAS DA LIBERDADE

Podemos afirmar que existem três pontos fulcrais que devem servir de base para qualquer aplicador de sanções criminais: a aplicação das reações criminais visa tão só a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade (exatamente como explanado anteriormente) e determinamos como reações criminais as penas e as medidas de segurança; em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, em virtude do princípio da culpa e determinada medida de segurança só surge como opção punitiva ou reação criminal se for proporcional tanto à gravidade do facto como à perigosidade do agente³⁵.

A pena de prisão apresenta uma duração mínima de 1 mês e um limite máximo de 20 anos, podendo ser de 25 nos casos previstos na lei (como prevê, v.g., o artigo 132.º, n.º 1 do código penal). Este limite de 25 anos funciona com imperatividade não existindo qualquer outra exceção a essa já exceção.

As penas privativas (algumas delas privam, ainda que não de uma forma absoluta) da liberdade que admitimos criminalmente são a pena de prisão comumente conhecida, o regime de permanência na habitação, a prisão por dias livres e o regime de semidetenção. Estas penas têm em comum o facto de o agente não estar completamente livre para fazer a sua vida em todos os dias da mesma, enquanto a pena durar. A única das penas enunciadas que não vê a exigência da sua execução num estabelecimento prisional é o regime de permanência na habitação, onde o condenado pode, por tempo não superior a um ano, ficar na sua habitação mediante mecanismos de controlo e fiscalização à distância, por parte do tribunal, com o objetivo de este verificar se aquele se encontra cumpridor. Todas as outras penas, seja de forma permanente, intercalada ou apenas em algumas horas do dia, exigem ao recluso a sua estadia na prisão.

Há efetivamente o cuidado de optar pela pena privativa da liberdade em último caso (quando a lei preveja a hipótese de aplicar tanto uma pena privativa como uma pena não privativa), isto é, quando nenhuma outra se mostre apta a realizar adequada e suficientemente as finalidades da punição. Se já a própria execução da pena de prisão que serve de defesa da sociedade e prevenção da prática de crimes se orienta para uma reintegração do agente condenado em sociedade, mais cuidado merece essa intenção na aplicação de uma pena

³⁵ Cf. *Código Penal Português*, artigo 40.º acerca das finalidades das penas e das medidas de segurança.

relativamente indeterminada. Isto porque na pena de prisão simples como a conhecemos estamos a falar de um agente que pode ou não já ter cometido outros crimes e que, na maioria dos casos, não apresenta qualquer distúrbio mental capaz de o influenciar para os comportamentos desconformes. Quando falamos em pena relativamente indeterminada, que também é privativa da liberdade, falamos de um agente especial, em que a preocupação com a sua reintegração social é maior seja porque já cometeu vários crimes – logo apresenta uma personalidade perigosa e tendenciosa para a criminalidade –, seja porque a sua reintegração pode ser mais difícil em virtude do seu provável “defeito”³⁶ psíquico.

Na pena de prisão temos o plano de reinserção social (correspondendo mais ou menos ao plano de readaptação existente nos casos de aplicação de pena relativamente indeterminada) que serve precisamente para dar ênfase a essa necessidade de ressocializar o condenado, vindo garantir que a pena de prisão não é um puro castigo carcerário pelo comportamento tido, mostrando a real intenção de ajudar o condenado a comportar-se de acordo, a saber manter uma vida e uma conduta dentro das margens da lei, não afetando bens jurídicos alheios³⁷. Este plano de reinserção social encontra-se regulado no artigo 54.º do código penal e, em breve considerações, além de ser dado a conhecer ao condenado obtendo sempre que possível o seu acordo, apresenta tudo aquilo que este se obriga e quais as medidas a adotar pelos próprios serviços estaduais de reinserção social, sempre com o objetivo final de tornar o condenado num individuo socialmente aceite e plenamente integrado.

³⁶ Por defeito não entendemos um inconveniente personalístico, embora o possa ser, antes como algo que não é comum ou, pelo menos, não é o normal na sociedade em que estamos inseridos.

³⁷ O próprio código da execução das penas e medidas privativas da liberdade determina expressamente que as finalidades da execução se baseiam na «reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, na proteção de bens jurídicos e na defesa da sociedade».

3. IMPUTÁVEIS E INIMPUTÁVEIS

Uma pessoa é portadora de direitos e deveres desde o seu nascimento. Sendo certo que essa pessoa convive em sociedade – e constrói-se através da convivência com o outro – é de esperar que ela cumpra os seus deveres e reclame os seus direitos. No entanto, se incumpre determinados deveres, ao ponto de causar dano a um bem jurídico alheio intrometendo-se na liberdade do próximo, limitando-a, de forma sistemática, ela não pode ser considerada “pessoa” no real sentido de ser humano que vive numa comunidade, pelo que a própria comunidade deixa de poder contar com ela, desconhecendo ou não sendo possível prever os comportamentos ou reações daquela. Se quisermos falar de um valor máximo de “segurança cognitiva” significando isso tal e qual o saber o que podemos esperar do próximo, então facilmente chegamos à conclusão de que se há um uso “incorreto” da própria liberdade, não agindo de acordo com o direito, antes à margem deste, pomos em risco esse valor. Ora, é de esperar que uma pessoa consiga reconhecer que se não agir de acordo com os parâmetros legais, é muito provável que veja os seus direitos diminuídos. Todos sabemos que a liberdade é o nosso direito máximo e que tudo seria melhor se não houvesse necessidade de privar quem quer que fosse desse seu direito, no entanto há situações em que isso se impõe, não existindo alternativa igualmente eficaz mas menos lesante para o agente. Concluindo, quem quiser que os seus direitos sejam reconhecidos socialmente, deve agir respeitando e garantindo essa “segurança cognitiva”. Se a própria pessoa não o conseguir fazer, então tem que intervir o estado, ainda que coativamente. Se não o conseguir fazer porque não quer, tendo consciência da sua escolha, o estado intervém com a pena. Se, por outro lado, a pessoa em questão não garantir a segurança cognitiva por alguma razão que não lhe é imputável, não tendo consciência dos seus atos, o estado deve intervir com a medida de segurança.

Ora, podemos também pensar que, perante a natureza sancionatória das medidas de segurança, aplicar uma pena e uma medida de segurança em conjunto vai funcionar como uma dupla punição: a primeira em função da culpa e a segunda em função da perigosidade; e isso significaria violar um dos princípios fundamentais orientadores do direito penal: *ne bis in idem*? Tal só não acontece se na medida da pena não for tida em consideração a prática do crime para o qual o agente apenas agiu com perigosidade e não com culpa. Porque caso a situação seja punir com uma pena um facto praticado com culpa e aplicar uma medida de segurança com fundamentação na perigosidade do agente ou no perigo de ele, em virtude de

ser considerado especialmente perigoso, voltar a cometer um crime, então aí possivelmente estaremos a punir o mesmo agente duas vezes, pela prática do mesmo crime.

CAPÍTULO IV – A PRI DE OUTRORA

1. A DELINQUÊNCIA E OS DELINQUENTES

Aceita-se de forma mais ou menos pacífica que os crimes podem conceitualmente dividir-se entre os que se relacionam com a própria constituição psíquica – ou personalidade – dos agentes e os que resultam do ambiente em que o crime é praticado. No entanto, a influência do meio sobre o comportamento criminoso só existe porque há um elo que os liga: o próprio agente do crime. Não bastando, por sua vez, a atuação do criminoso é condicionada pelos elementos do ambiente em que ele se insere e que contribuíram de alguma forma para a formação da sua personalidade, no sentido de o fazer assumir uma certa conduta ilícita, num certo momento e de certa forma³⁸.

Quando é possível perceber que a generalidade dos crimes praticados por um mesmo agente foram influenciados pelos mesmos factos, então pode ter-se descoberto a “origem da conduta criminosa” levada a cabo pelo delinquente. Poderá surgir sempre a dúvida se a relação entre os factos e a delinquência é pura coincidência ou uma relação de causa-efeito. Entraria aqui como auxílio o estudo individual do próprio delinquente para se perceber como aqueles influenciaram esta.

Sabendo, naturalmente, que muitos criminosos dos nossos dias podem nem ser influenciados por qualquer fator, a história não nega que muitas ondas de criminalidade exagerada foram despoletadas por crises sociais³⁹. Na Holanda notou-se precisamente um aumento da criminalidade no período de transtorno que a guerra e a ocupação de territórios trouxe: se antes da guerra certos crimes – especialmente contra o património – só eram praticados por delinquentes profissionais ou habituais, depois desta, com uma nova mentalidade a emergir, pessoas que até então se comportavam de acordo com o direito passaram a ser reconhecidas como autores dos crimes reservados, anteriormente, àqueles delinquentes profissionais ou habituais.

A repressão penal, apesar de não ser a única condicionante, mostra-se convincente a constituir, direta ou indiretamente, um forte motivo para que muitas pessoas se abstenham de cometer crimes. Isto porque há um grande grupo de pessoas (se não a generalidade das

³⁸ Cf. DOS SANTOS BELEZA, José, *op. cit.* (1968), p. 6.

³⁹ Cf. *Ibidem*, pp. 307 et seq.

mesmas) que não pratica certos ilícitos criminais ou por receio das consequências que esse ato traria ou porque a sua moral se sente abalada pela pressão da força inibidora de prática de crimes. No entanto, se esse receio de punição desaparecer ou diminuir, se, por força de determinadas circunstâncias da vida, a sua moral deixar de se abalar, essas mesmas pessoas passarão a praticar infrações criminais: seja pelos seus próprios interesses ou impulsos, seja por sugestão do próprio ambiente em que se inserem.

Pode acontecer que a sanção criminal a aplicar ao delinquente e aquela que mais parecer convir para o reintroduzir ou reabilitar na sociedade, tornando-o o mais inofensivo possível, seja igualmente reprovadora e intimidativa, inibindo ou pressionando a própria comunidade para a não prática de atitudes criminosas, consolidando os hábitos de respeito e salvaguarda dos interesses e valores alheios e próprios protegidos pelo direito. Por outro lado, quando estamos perante algum estado de necessidade em que a atitude comum da sociedade será a prática de crimes – ou pelo menos a predisposição para –, pode acontecer que a finalidade preventiva-especial perca toda a sua eficiência, uma vez que a reeducação do agente terá que comportar a reeducação de toda a comunidade⁴⁰. A atuação educativa e a própria pena não serão propriamente destinadas a uma readaptação individual, mas sim a um processo de luta contra um mal genérico e comum. Aquela readaptação e educação será indicada para aqueles casos em que o agente ou delinquente, pela sua constituição ou circunstâncias, se desvie mais ou menos do comportamento global, da conduta geral. No entanto, isso não quer dizer que aquele agente que comete uma infração criminal e que está inserido num ambiente em que o comportamento tido como normal é esse (como nos estados de guerra ou necessidade) esteja ilibado de responsabilidade criminal! Até porque, sendo certo que muitos cometem crimes, haverá uma percentagem até elevada de indivíduos que resistem aos estímulos de comportamentos criminosos que surgem do ambiente em que se inserem⁴¹. Trata-se, por isso, de falta de uma adequada valoração moral dos próprios factos pelos praticantes. Importante será tomar uma atitude sobre a comunidade, atuando socialmente e salvaguardando a posição individual do delinquente, não permitindo a segregação social, antes o encaminhando para o lado do direito. MULLER propõe uma sanção privativa da liberdade, «mas não tão severa e desonrosa como a aplicável aos verdadeiros criminosos»;

⁴⁰ Não se tratará tanto de um reintrodução do agente na sociedade, uma vez que ele está perfeitamente incluído, comportando-se, a grande massa, de acordo com aquilo que será à margem do direito. Assumir-se-á aqui uma necessidade “corretiva” da globalidade.

⁴¹ Sobre isto, MULLER, *apud* DOS SANTOS BELEZA, José, *op. cit.* (1968) p. 314.

que tenha alguma publicidade para afetar realmente a comunidade e que seja complementada com meios educativos.

Além destes criminosos “por influência”, há os criminosos “pontuais”. Estes cometem um crime, ainda que de gravidade elevada, mas não voltam a cometer; não há, ou é muito pouco provável, a reincidência. Sim, tiveram uma conduta criminosa, à margem da lei, mas não se encontra neles nada a corrigir: simplesmente se depararam com circunstâncias muito especiais – que não se repetirão – que os fizeram atuar sob sua própria influência. Aquele confronto com a condenação, com a censura social, incute no agente um sentimento de “vergonha”, desviando-o de novas tentações criminosas.

Além dos anteriores, podemos ainda falar dos tão famosos criminosos “ocasionais”. Aqueles que apresentam uma qualidade que, se não acontecesse determinado facto seria inofensiva, mas que como esse facto sucedeu, os levou a cometer um crime (principalmente crimes de homicídio e ofensa à integridade física grave). Os principais fatores do crime resultam, então, de circunstâncias exteriores e não de disposições duradouras e intrínsecas da personalidade do agente⁴².

O conceito de «delinquentes habituais»⁴³ em sentido lato engloba vários tipos de delinquentes, caracterizando todos eles como habituais e tendo características comuns a todos, mas específicas de cada um também: delinquentes habituais, pluri-reincidentes e criminosos persistentes.

Os delinquentes habituais são os que demonstram uma certa regularidade ou persistência no cometimento de crimes e, dado a sua especial perigosidade, é de prever que mantenham o comportamento criminoso se não forem tomadas medidas neutralizantes ou eliminatórias desse perigo⁴⁴. Ao adjetivarmos estes delinquentes como habituais estamos a concluir pela

⁴² Crimes por superstição e crimes passionais. Enquanto os primeiros são aqueles que, em virtude da cultura em que se inserem, tornaram certos factos como dogmas, cometem crimes em nome ou por causa desses dogmas, dessas crenças e rapidamente se apercebem que o ato praticado é reprovável, apercebem-se que a sua crença não faz sentido e, tomando consciência do real, não se tornam reincidentes. Os segundos são os que se deparam com conflitos sexuais ou amorosos. São crimes cometidos por ódio, desrespeito, orgulho ferido ou vingança.

⁴³ O nosso código penal já não consagra conceitos como delinquentes habituais, profissionais ou multirreincidentes, tendo optado pela designação genérica de delinquentes por tendência.

⁴⁴ No entanto, existem delinquentes habituais que sofrem de determinada doença ou insuficiência mental (ou, v.g., alcoólicos) e que, por essa razão, necessitam de um tratamento complementar ou um internamento diferente, específico e personalizado para cada caso. Cf. BELEZA DOS SANTOS, José, *Tratamento e libertação de delinquentes habituais* (1985-1962), p. 2.

aquisição de um hábito por parte do sujeito: ele, por já estar habituado a essas práticas, apresenta um aumento da espontaneidade para as praticar. Apresenta ainda uma certa permanência, uma rotina.

Aqueles delinquentes que cometem vários crimes em momentos críticos da sua vida, mas que no futuro não apresentam qualquer inclinação para o crime, são chamados de delinquentes pluriocasionais, dado que aquele hábito criminoso ainda não se instalou. No entanto, há sempre o perigo que a crise que o levou a praticar determinado crime continue após a condenação e o cumprimento da mesma por parte do agente ou que aquela ressurgisse sem estar este já preparado para a superar sem fugir do caminho conforme o direito. Tanto para estes como para os delinquentes habituais, em virtude do número de crimes que praticaram e da sua frequência criminal, das circunstâncias que os levaram a atuar dessa forma, das suas personalidades e dos meios em que estão inseridos, a pena pode mostrar-se insuficiente ou inadequada. Os delinquentes pluri-reincidentes são aqueles que cometeram numerosos crimes, mas nunca haviam sido condenados por nenhum até à data da condenação por aquele que lhes deu esse título.

A par destes delinquentes habituais temos outro grupo – os delinquentes por tendência. São delinquentes que, apesar de não terem cometido um grande número de crimes, a sua personalidade, a forma de atuação criminoso ou a gravidade dos factos praticados são reveladoras de uma especial perigosidade. Revelam tal perversidade e insensibilidade moral que apenas com o cometimento de um só crime podem ser categorizados como delinquentes por tendência. Será de esperar que, caso não se apliquem medidas adequadas de forma a evitar, cometam crimes igualmente graves. Também aqui a pena pode verificar-se insuficiente⁴⁵.

⁴⁵ Cf. BELEZA DOS SANTOS, José, *op. cit.* (1985-1962), p. 6.

2. O DELINQUENTE PERIGOSO

O conceito de delinquente perigoso pode assumir um sentido mais amplo e um sentido mais restrito. No primeiro sentido, no sentido mais vulgar, tanto podem ser delinquentes perigosos aqueles que já cometeram crimes e que a sua conduta oferece um perigo como aqueles que, ainda não tendo cometido crimes, pelo ambiente e conduta, é forte a probabilidade que o venham a cometer – os pré-delinquentes⁴⁶. Ora, se é muito provável que se produza uma lesão, então é necessário agir de forma a exigir a mudança de conduta com o objetivo de evitar o resultado lesivo de interesses e valores tutelados pelo direito. No segundo sentido, um sentido mais fixo e legal, exige-se a existência da probabilidade de praticar novos crimes e, conseqüentemente, que já tenha praticado algum e que apresente uma especial inclinação ou predisposição – seja inata ou não – para essas condutas não conformes (porque caso contrário poderemos estar perante um multi-ocasional⁴⁷).

Os delinquentes perigosos podem ser categorizados quanto ao índice de perigo; quanto ao grau de perigo e quanto à probabilidade de readaptação, segundo BELEZA DOS SANTOS. Quanto ao índice de perigo, temos os delinquentes habituais⁴⁸, os delinquentes por tendência⁴⁹, os indisciplinados prisionais⁵⁰, os delinquentes perigosos por doença ou insuficiência mental ou anomalia de caráter⁵¹, os delinquentes perigosos por intoxicação

⁴⁶ Relembremos que crimes de perigo são aqueles que só por si não constituem dano, mas que pela conduta perigosa há forte probabilidade disso acontecer (condução de um automóvel em contramão). Cf. SANTOS, Beza, *Direito Criminal: delinquentes perigosos* (1951), lições coligidas por LEITE ARCHER, António p. 4 e 5.

⁴⁷ Aquele que pratica um crime influenciado pelas condições do momento que atravessa e que, em circunstâncias normais, não o praticaria.

⁴⁸ Aqueles que insistem na prática do crime, demonstrando aquele hábito anteriormente referido, e que exteriorizam uma certa propensão para essa prática.

⁴⁹ Demonstrem uma certa propensão criminosa mas podem nunca ter praticado um crime. Não se confunde com o pensamento de LOMBROSO que defendia que os criminosos já assim nasciam; antes que reconhecemos a possibilidade ou a maior probabilidade de, dependendo do meio em que está inserido, um indivíduo que revela certa disposição psíquica poder vir a comportar-se criminosamente.

⁵⁰ Já tendo sido condenados pela prática criminosa, aquando do cumprimento da pena, demonstram uma indisciplina ou rebeldia em relação ao tratamento prisional a que se encontram sujeitos.

⁵¹ Delinquentes doentes mentais ou que apresentam uma anomalia de caráter, em que o perigo da prática do crime existe e está intimamente ligado com a doença ou patologia. Enquanto os doentes mentais podem ser considerados tanto inimputáveis como de imputabilidade diminuída, a anomalia de caráter apenas pode, no máximo, conduzir a uma imputabilidade diminuída, via de regra.

alcoólica ou análoga⁵², os delinquentes socialmente inadaptáveis⁵³ e os delinquentes perigosos em razão da idade⁵⁴. Quanto ao grau de perigo, podemos dividir os delinquentes perigosos em antissociais (quando apresentem uma predisposição ativa para a prática de crimes); em associiais (não revelando essa predisposição ativa aceitam a criminalidade como meio accidental); delinquentes seriamente perigosos (com as suas condutas revelam fortes ameaças para os valores e interesses pelo direito tutelados) e em delinquentes incómodos (são perigosos mas a um nível mais reduzido, uma vez que apenas oferecem perigo de pequenas infrações ou lesões ao nível da baixa criminalidade). Por fim, quanto à probabilidade de readaptação, temos aqueles cujos comportamentos indicia que dificilmente se readaptarão ou que a reintegração será difícil – os delinquentes de difícil correção – e aqueles outros em que será de esperar que facilmente se ressocializem reintegrando a vida em sociedade sem percalços – os delinquentes de readaptação favorável.

A escola positiva italiana e nomes como FERRI, GARÓFALO e LOMBROSO, estiveram na origem do aparecimento deste conceito de «delinquente perigoso». As penas pareciam falhar na sua missão de combater a criminalidade: esta aumentava, parecia começar cada vez mais cedo e cada vez mais grave. Nasceu assim a necessidade de criação de medidas especiais e enquanto que para a escola clássica existiam somente as penas que variavam em função da gravidade do crime e da culpa do agente, para a escola positiva apenas deveriam existir medidas de defesa social aplicadas conforme a maior ou menor perigosidade do indivíduo⁵⁵. Assim e juntamente com as medidas de segurança (que apareceram pela primeira vez no Código Penal Suíço em 1894) apareceu o conceito agora em estudo, tendo-se determinado que as medidas de segurança aplicar-se-iam aos delinquentes perigosos quando e sempre que a pena se demonstre insuficiente para os reintegrar na sociedade ou os tornar, pelo menos, inócuos.

⁵² Por ser viciado e o seu estado psíquico sofrer alterações dependendo se está sob o efeito do elemento tóxico ou se sofre depressivamente pela falta dele, pode conduzir o agente a praticar algum comportamento desconforme, tendo, no entanto, que se demonstrar uma conexão entre a prática de crimes e o estado intoxicado do próprio praticante.

⁵³ Estes sujeitos por determinada razão não se conseguiram integrar ou adaptar à vida social e, apesar de não atuarem propriamente contra esta, praticam factos que levam ao incitamento do cometimento de crimes.

⁵⁴ Tanto entram nesta categoria os menores já delinquentes como os menores pré-delinquentes perigosos. São-no pela própria personalidade ou pelo ambiente em que se encontram inseridos.

⁵⁵ Hoje a solução predominante encontra-se algo no meio de ambas as escolas, adotando-se uma dupla ordem de sanções: penas e medidas de segurança, cada uma com a sua finalidade e público-alvo.

Ligado a este conceito está também a noção de reincidência: alguém que comete crimes depois de ter sido condenado anteriormente por outro ou outros da mesma espécie (reincidência específica) ou de espécie diferente (reincidência genérica ou sucessão de crimes)⁵⁶. A reincidência funciona como agravante da pena, uma vez que aquele agente teima em praticar novo crime, tornando maior a sua culpa, insistindo em desobedecer ao direito. Além disto, uma vez que ele apresenta essa inclinação para o cometimento de novos delitos, apesar de já ter sido condenado, parece precisar de nova pena ou de uma pena mais forte com vista a afastá-lo do caminho desconforme. Estas duas razões tanto podem ser levadas em consideração para quem repudia a reincidência (por considerar que como o crime anterior já foi punido não deve interferir na nova condenação, agravando-a e podendo colocar em causa o princípio “*ne bis in idem*”) como para quem a acolhe no seu sistema (como é o nosso caso).

Hoje, porém, o conceito presente no nosso código penal é o de «delincente por tendência», mas quando recuamos à sua *ratio*, são todos estes conceitos aqui abordados que lhe deram origem. Como que se começasse com os delinquentes habituais, emergissem os delinquentes perigosos e culminasse nos delinquentes por tendência.

⁵⁶ Cf. SANTOS, Beleza, *op. cit.* (1951) p. 23. Pelo artigo 75.º, n.º 1, do código penal português, para que um agente seja condenado por reincidência exige-se que o crime “atual” seja doloso e punível com pena de prisão efetiva superior a 6 meses, depois de transitada em julgado uma sentença relativa a um crime praticado anteriormente, também sob a forma dolosa, punido em concreto com uma pena de prisão efetiva superior a 6 meses e se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a(s) condenação(ões) anterior(es) não tiverem sido suficientes na sua função de advertência ou inibição contra a prática criminosa.

3. O PRINCÍPIO DA CULPA

Segundo BELEZA DOS SANTOS, culpa assume-se como o «conjunto de condições que devem observar-se no agente duma conduta ilícita para que esta se considere reprovável e se aplique uma pena ao seu agente»⁵⁷. Como já fora dito, a culpa assume uma função de primordial importância no âmbito do direito criminal: embora não seja pressuposto necessário para a aplicação de qualquer sanção criminal (não o é da medida de segurança), é condição indispensável de aplicação de uma pena. Além de condição indispensável é elemento de graduação, uma vez que a pena será mais ou menos grave consoante for maior ou menor a culpa do agente.

O princípio da culpa não aparece na nascença do direito criminal. A reação penal não exigia, na sua génese, a culpa. A responsabilidade pelo facto aparecia de forma objetiva, onde só pelo acontecimento ilícito é que se punia. Isso vinha a gerar situações em que não se distinguiam os crimes praticados com dolo dos crimes praticados com negligência (sendo que hoje sabemos que assume uma grande importância na própria punição se um ilícito é doloso ou negligente, levando a diferenças abismais na pena que caberá concretamente ao caso).

Foi no Direito Romano que se começaram a desenhar os primeiros traços para inclusão na punição – ou na responsabilização criminal de um agente – de um elemento subjetivo (a culpa). Exigiam uma vontade ilícita, uma vontade que ia contra a lei, uma vontade própria em atuar desconforme o direito, para que pudesse existir dolo ou negligência na prática de um facto. Além disto, ainda coube aos romanos distinguir casos de negligência dos casos fortuitos ou de força maior. Parece que começa a sentir-se a necessidade de responsabilizar criminalmente o agente apoiando-se na sua culpa. Com o Cristianismo dá-se mais um passo notório no sentido de identificar a culpa: para haver responsabilidade criminal não bastaria o nexos causal entre a prática do facto – conduta – e o resultado criminoso – evento –, sendo obrigatoriamente a conduta do agente praticada de forma livre, isto é, partindo da sua própria vontade.

⁵⁷ Cf. MORAIS E CASTRO E FERNANDO SEABRA, *Apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as preleções magistrais do Exmo. Prof. Doutor Bezeza dos Santos ao curso do 5.º ano jurídico de 1940/1941*.

Quando se criam firmemente os conceitos de dolo e negligência eles assumem-se como modalidades da culpa (e não como elementos desta, como o são agora). A culpa ou era dolo ou era negligência. A negligência é a falta de diligência devida, é falta do que deve ser (este “dever ser” é o elemento normativo). Já o dolo é a vontade, a previsão, onde não se encontra referência ao dever ser (a vontade assumida como o elemento subjetivo).

No nosso código penal, no capítulo dedicado aos pressupostos da punição, temos artigos exclusivos para o dolo, a negligência e para a inimputabilidade. No artigo 13.º diz-se que apenas se pune o facto doloso ou, nos casos em que a lei o preveja, o facto negligente⁵⁸. No artigo seguinte podemos ver o que o legislador entendeu como o dolo: a intenção do agente de praticar um facto que reconhece que preenche um tipo de crime⁵⁹; a representação, por parte do agente, que a realização do facto preenche um tipo de crime e que é uma consequência necessária da sua conduta⁶⁰; a conformação, por parte do agente, que o facto praticado por ele, preenchendo um tipo de crime, é consequência possível da conduta⁶¹.

Chegando ao artigo 15.º vemos que, para a generalidade do sistema jurídico-penal português, a negligência é o proceder de forma descuidada, não agindo com o cuidado a que estava obrigado, quer represente que o facto a praticar se identifica com um tipo de crime e não se conforme com tal realização, quer não represente a possibilidade de realizar o facto.

Por fim, quanto à inimputabilidade (artigos 19.º e 20.º), desde logo temos os menores como inimputáveis e os que o são em virtude de anomalia psíquica. Ou seja, estes últimos são aqueles incapazes de, em virtude dessa anomalia, no momento da prática do facto, qualificarem-no como ilícito ou determinar-se conforme com essa avaliação⁶². Claro que a inimputabilidade não conta para este efeito quando o estado em que o agente se encontra tiver por ele próprio sido provocado.

⁵⁸ Cf. *Código penal português*, artigo 137.º, n.º 1.

⁵⁹ Dolo direto.

⁶⁰ Dolo necessário.

⁶¹ Dolo eventual.

⁶² Se estiver em causa uma anomalia psíquica grave, não acidental e impossível de dominar os seus efeitos, o indivíduo pode ser também declarado inimputável se, no momento da prática do facto, não seja completamente incapaz de determinar a ilicitude do facto ou comportar-se de acordo com essa avaliação, mas que tenha essa capacidade sensivelmente diminuída. Cf. *Código penal português*, artigo 20.º, n.º 2, referente à inimputabilidade diminuída.

A culpa supõe uma conduta reprovável e a *reprovabilidade* supõe uma conduta ilícita tal que seja possível dizer que o agente podia e devia ter atuado de outra forma (conforme o direito, lícita). No entanto, casos os há em que o agente não pode ter uma conduta harmoniosa com o direito e um desses casos é o da falta de imputabilidade do agente. Este agente, inimputável, não pode ser reprovável, representando a imputabilidade um elemento da culpa. Mas há quem pense de forma diversa⁶³.

- a) Uma doutrina italiana aceita antes a imputabilidade como condição da ação, onde o ato praticado pelo inimputável não é uma ação relevante para o direito criminal. Isto porque a ação implicaria a vontade: a capacidade de entender e querer. Mas é certo que há inimputáveis com capacidade de entender e querer aquela ação, como, v.g., quando alienados na sua vontade.
- b) Outra corrente vem dizer que a imputabilidade entra no domínio da *antijurisdicção*, ou seja, a capacidade do agente de se conformar com o dever jurídico.
- c) Já para outros autores, a imputabilidade é vista como uma espécie de capacidade penal. Seria imputável o agente suscetível de sentir a ameaça penal ou os indivíduos suscetíveis de sofrer a prevenção especial. Não parece razoável esta doutrina, uma vez que o apreciado é o que “deve ser” no momento da prática do crime e não no momento da aplicação da pena. Não se tratará tanto da capacidade de sofrer uma pena ou o medo dela, mas das condições da sua aplicação, em harmonia com o princípio segundo o qual a imputabilidade supõe uma conduta reprovável referente ao momento da prática dessa mesma conduta e não ao momento da aplicação da sanção criminal.
- d) Ao contrário de nós que entendemos a imputabilidade como elemento da culpa, há quem entenda a imputabilidade como pressuposto da culpa. Ora, se o que pretendem dizer é que sem imputabilidade não há culpa, então isso faz daquela um elemento desta. Se, por outro lado, o objetivo é dizer que os outros elementos da culpa não são admissíveis sem a imputabilidade, tal não representa a realidade. Vejamos o dolo. Enquanto elemento da culpa é possível sem imputabilidade (menores que podem querer e conhecer os elementos do crime

⁶³ Cf. MORAIS E CASTRO E FERNANDO SEABRA, *op. cit.*, (1940/1941), pp. 51 et seq.

e, no entanto, são inimputáveis). Poderia esta teoria querer chegar ao ponto de dizer que a imputabilidade assume um «elemento prejudicial da culpa»⁶⁴, um elemento crucial ou predominante, uma vez que se estiver em causa um inimputável já não se coloca o problema da existência de dolo ou negligência, averiguando-se apenas se o agente é ou não perigoso (para efeito de aplicação de medidas de segurança). No entanto, e em forma de crítica, também a inexistência de dolo ou negligência descarta a necessidade de averiguar se há ou não imputabilidade, pelo que neste sentido parecem todos os elementos da culpa ser essenciais à sua existência, assumindo valores e pesos idênticos.

⁶⁴ Cf. *Ibidem*, p. 55.

CAPÍTULO V – A PRI DE AGORA

1. A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA TOUT COURT

Assume ANABELA MIRANDA RODRIGUES que “a pena relativamente indeterminada é a única alternativa a um sistema de medidas de segurança ou de penas agravadas cujos graves inconvenientes e prejuízos são de todos bem conhecidos”⁶⁵. O instituto da pena relativamente indeterminada apresenta um mínimo e um máximo de duração invioláveis e abstratamente fixados e que, em vez de se determinar o período exato de pena a cumprir pelo delinquente na sentença, relega-se para a fase de execução. A perigosidade, enquanto qualidade puramente naturalística do caráter do delinquente, não coincide com uma qualidade eticamente censurável da personalidade do agente, pelo que não deve ser considerada para o conceito de culpa da personalidade. Desta forma, não pode ou não deve ser levada em consideração no momento de chegar à pena a aplicar – precisamente porque nessa tarefa é a culpa do agente que nos auxilia.

O delinquente especialmente perigoso, apesar de não ter que responder pela sua culpa, tem que responder pela sua total personalidade que transmitiu com a prática do facto, bem como pelo seu mais ou menos constante comportamento ético-socialmente desvalioso. Voltando àquela ideia de que a maioria da sociedade se comporta de acordo com o direito, ao estarmos perante um indivíduo que, além de atuar num campo fora daquilo que seria as “perfeitas faculdades mentais”, repetidamente se comporta de um modo *out of law*, revelando uma – não necessariamente maior, mas mais frequente – desconformidade entre a sua personalidade e aquela que seria supostamente esperada pela ordem jurídica. É neste aspeto que se justifica mais ou menos o agravamento da pena aplicável.

É evidente que não se aceita que um comportamento culposos exija sempre a aplicação de uma pena, sendo-o somente quando é indispensável para assegurar a convivência em paz e liberdade numa dada sociedade. Isto é o mesmo que dizer que, apesar de a pena não poder ser superior ao limite de culpa do agente, pode ser inferior à correspondente ao grau de culpa do mesmo. A pena relativamente indeterminada vem propor alcançar um «máximo de

⁶⁵ Cf. RODRIGUES MIRANDA, Anabela, *op. cit.*, (1983), pp. 287 a 314.

eficácia» de um ponto de vista político-criminal combinado com um «máximo de liberdade individual».

A fundamentação para a pena relativamente indeterminada baseia-se – também mas não só – na legítima convicção de que os indivíduos conhecidos em linguagem penal por delinquentes por tendência continuarão, caso não sejam alvo de um tratamento especial, a cometer novas infrações, novos delitos, novos crimes. Manterão o seu comportamento desconforme e criminoso. É certo que não deixa de ser uma pena indeterminada, mas esta necessidade de submeter o delinquente a um tratamento especial, distinto, personalizado em relação àquele a que estão sujeitos os delinquentes em geral, parece corresponder de forma útil às situações de especial tendência para o crime.

As críticas a esta sanção criminal estão basicamente centradas na problemática que rodeia a aplicação das penas ou medidas de segurança privativas de liberdade. Isto porque se desde cedo nos começamos a preocupar com a prisão e os efeitos nocivos que ela traria ao condenado, parece tomar cada vez mais notoriedade abordar os seus efeitos criminógenos de tal forma que chegaram a dizer – SHMIDT – que o erro estaria precisamente na prisão e em tornar os criminosos prisioneiros. No entanto, como é sabido, a única forma de efetivar a pena cabida a um crime de tal gravidade e grosseria é através da prisão. Note-se que o nosso direito já se regula pelo princípio da intervenção mínima, onde se apresenta o direito penal como direito de última *ratio* e que a pena de prisão só será aplicada quando nenhuma outra seja suficiente para garantir as finalidades a assegurar pelas sanções criminais. A pena de prisão só é aplicada em último caso. Fala-se numa exigência ética para o legislador de intervenção mínima em dois níveis: os factos que pune e as penas que aplica⁶⁶.

Dessa forma e por essas razões é que se limita a aplicação da pena relativamente indeterminada àquela categoria em estudo. Isto porque se considera que o impedimento para o cometimento de crimes só realmente é eficaz quando o delinquente se encontra privado da sua liberdade, do seu livre-arbítrio. No entanto, natural é que essa privação da liberdade deva constituir um meio particularmente apto a promover a sua reinserção social. O objetivo será sempre o de reeducar o agente e não o mero processo de prevenção, na medida em que quando o agente for colocado em liberdade, ele deve estar consciente dos atos praticados,

⁶⁶ Cf. RODRIGUES MIRANDA, Anabela, *op. cit.*, (1983), p. 297.

das penas cumpridas e de como é a atuação conforme, desejada e maioritária na sociedade em que ele se irá inserir (caso nunca tenha estado inserido) ou reinserir.

Muitos dos que se opõem à pena relativamente indeterminada ou, pelo menos, tentam encontrar uma sanção capaz de a substituir, mantendo a sua utilidade e eficácia, abordam questões como a crítica a um sistema penal clássico que muito se baseia na aplicação de penas privativas da liberdade. E se, como já foi referido, teme-se pelos efeitos contrários dos pretendidos que essas penas podem causar (os efeitos criminógenos da prisão), questiona-se se a função ressocializadora da PRI é afinal uma verdade útil ou se não passa de uma distorção da realidade.

O próprio artigo 89.º do código penal português obriga à elaboração de um plano individual de readaptação do delinquente à sociedade. Este artigo, em conformidade com o 21.º do código de execução de penas, vem assegurar a finalidade ressocializadora desta sanção.

Este plano deve ser elaborado com maior brevidade possível, sem comprometer a sua eficácia, baseando-se no conhecimento sobre o agente e mantendo a sua concordância quando tal seja possível, podendo, portanto, o tribunal, em caso de necessidade, impor um plano ao arguido (a concordância do agente só é imperativamente obrigatória quando estiver em causa a realização de qualquer tratamento médico). Pode ser alterado conforme as necessidades e o avanço comportamental do delinquente, mas todas as modificações lhe devem ser dadas a conhecer. Aliás, o tribunal deve sempre ouvir o condenado sobre o plano, dando possibilidade de, em tempo útil, poder pronunciar-se sobre o mesmo. No entanto, esta audição do condenado é dispensável se ele já tiver sido ouvido pelos serviços de reinserção social⁶⁷. Este plano é obrigatório em caso de pena de prisão superior a um ano (seja uma pena única, seja a soma das penas) e, ainda que inferior a um ano, nos casos de reclusos com idade inferior a 21 anos ou quando estiver em causa uma pena relativamente indeterminada, segundo o artigo 21.º, n.º 2, do código de execução de penas. Consiste num conjunto de medidas e atividades cujo objetivo é preparar o recluso para o retorno à vida em sociedade e o regresso à liberdade. Para tal, essas medidas adequam-se ao tratamento prisional e à sua duração e faseamento, intervindo em áreas como o ensino, a formação, o trabalho, a saúde, atividades socioculturais e o próprio contacto com o exterior. Um exemplar do plano

⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao Código Penal*, (2010), artigos 89.º.

individual de readaptação, bem como possíveis atualizações, é entregue ao recluso depois de aprovado pelo diretor do estabelecimento prisional e homologado pelo juiz do tribunal de execução de penas (tem que ser homologado por um tribunal distinto do tribunal da condenação).

Para o sucesso do plano compreende-se a necessidade da realização de um estudo sobre o recluso, que permita a recolha de elementos sobre este. Assim que o recluso dá entrada no estabelecimento prisional é alojado num espaço próprio destinado à admissão, onde aí deve permanecer nunca mais de 15 dias. É aí que o analisam e avaliam de forma a permitir ao diretor do estabelecimento realizar um resumo das necessidades do indivíduo, no prazo de 72 horas após a sua chegada. De entre as informações que devem ser recolhidas sobre o ingressado, devem constar as necessidades médicas e cuidados de saúde a que ele deve estar sujeito e, para isso, contam com a colaboração de um médico clínico; o nível de perigo de fuga, o estado emocional – vulnerabilidade –, a própria segurança ou a de terceiros; a possível existência de problemas a nível pessoal ou familiar que devam obter resposta rapidamente e o consequente apoio na resolução dessas questões. A própria avaliação do recluso é feita tendo em conta características como a natureza do crime cometido, a duração da pena, o meio familiar e social em que esteve estava inserido, as suas habilitações e/ou o seu estado de saúde. Para tal conta-se com a ajuda dos serviços de reinserção social.

Quanto aos efeitos criminógenos da prisão, claro que existem circunstâncias que não podem ser alteradas em nenhuma circunstância por muito que se batalhe, nomeadamente o estigma social ligado à vida prisional. O simples facto de uma pessoa ser considerada arguida num dado processo penal já quase que a categoriza como criminosa e como condenado pela sociedade. Quando, findo esse processo, a decisão resulta numa condenação a pena de prisão a pessoa é como que excluída da sociedade, ingressando num grupo marginal daquela, levando como máxima a ideia de que *“uma vez criminoso, para sempre criminoso”*. A sociedade parece esquecer que ao cumprir a pena, o condenado encontra-se quase como que “desculpado” pelo sucedido, sem que tenha sequer havido um verdadeiro pedido de desculpas ou um efetivo perdão. No entanto, a pena serve também para isso mesmo: enquanto reeduca o agente, permite a sua reintegração. Com a condenação vem a inclusão no registo criminal do sucedido, o que também não facilita este processo, uma vez que nos dias de hoje todas ou quase todas as entidades empregadoras solicitam o registo de

antecedentes criminais do potencial candidato. Não que sejamos contra estas consequências, nem tão pouco a opinião é aqui fundamental para o estudo em causa, mas são algumas das razões que levam a que as finalidades preventivas, por parte da sociedade, sejam pressionadas e se fizermos alguma (não muita) pesquisa rapidamente concluímos que tem havido uma “*mão mais pesada*” por parte do julgador, do aplicador das sanções, no exercício da sua função.

Estes efeitos nocivos da prisão sentem-se fundamentalmente ao nível psicológico do recluso – seja pelo estigma social que falamos⁶⁸, seja ao nível da convivência com outro tipo de reclusos, mais ou menos agressivos, mais ou menos problemáticos, mais ou menos criminosos⁶⁹ (se é que se pode fazer esta escala), seja ao nível pessoal, porque muitos casos os há em que famílias ficaram abaladas, destruídas, separadas com a ida de um dos seus elementos para a prisão.

No entanto a pena de prisão não vai acabar e nem é possível perspetivar que num futuro próprio se extinga, com todos os seus inconvenientes e positivities. Mas se ela é tão ameaçadora para uns, ao ponto de impedir que cometam crimes; se serve de fundamentação para a rejeição social de indivíduos que o seu interior conheceram; se é tão criticada pelos defensores do direito fundamental à liberdade, percebe-se que a pena relativamente indeterminada, privando a liberdade, sendo – parte dela – cumprida dentro de um estabelecimento prisional e tendo reduzida aplicabilidade em Portugal seja desnecessária aos olhos de alguns. No entanto, a pena relativamente indeterminada não deve ser vista somente do ponto de vista de uma pena privativa da liberdade. Ela assume efetivamente um papel de ajuda ao delinquente: sejam juízes ou qualquer outro elemento da administração penitenciária só podem, em último termo, exercer uma atividade que se determine pela ajuda face ao delinquente. Ou seja, partindo da ideia que defende ANABELA MIRANDA RODRIGUES⁷⁰, a administração da justiça penal não pode traduzir-se numa antagónica relação entre proteção e agressão da esfera privada do indivíduo, tendo antes que o considerar e compreender como um ser humano, dotado de autonomia, livre-arbítrio, cuja

⁶⁸ Quando a sociedade rejeita o condenado, pode haver um sentimento de frustração, de perda de sentido de vida, de arrependimento tal que leve o indivíduo a uma depressão profunda.

⁶⁹ Compreende-se que, de forma abstrata e informal, podemos dizer que uma mãe que furta regularmente um produtos num supermercado cujo objetivo se centra na possibilidade de alimentar os filhos não é tão criminosa (ou tão perigosa, ou tão delinquente) quanto uma mãe que dá à luz para depois matar os filhos. Desde logo porque a própria dignidade penal dos bens jurídicos em questão não é a mesma.

⁷⁰ Cf. RODRIGUES MIRANDA, Anabela, *op. cit.*, (1983), p. 302.

intenção do estado ao interferir na sua vida e nos seus direitos é para o ajudar, tornando-o capaz de não voltar a cometer crimes. Assim, não abdicando do instinto defensor do estado em manter em segurança a sociedade, consegue-se ampliar os critérios punitivos do estado ao ponto de apresentarem também um carácter protetor do próprio delinquente. Só protegendo o homem de si mesmo, reeducando-o para atuar conforme, conseguimos proteger também em plenitude a sociedade onde ele se irá reinserir.

Chegando a este ponto do estudo, já nos é possível compreender e afirmar que a pena relativamente indeterminada foi a forma que o nosso estado teve de, mantendo-se um estado fiel – pelo menos na sua base – ao sistema monista, não ser alvo de críticas por extravasar o princípio da culpa nem tão pouco por recorrer a critérios de pura prevenção social para conseguir chegar a uma solução perante um delinquente especialmente perigoso. Primeiro porque efetivamente o princípio da culpa não é colocado em causa com esta reação criminal, já que a pena relativa é encontrada com base numa pena que concretamente caberia ao caso, embora com os seus limites mínimo e máximo modificados, e esta é sempre balizada pela culpa do agente. Segundo porque há, como já foi mostrado através do próprio sistema de reinserção social e pelo plano de readaptação do agente, uma verdadeira intenção protetora face ao delinquente.

Uma outra crítica que se faz a esta reação criminal é por darmos à administração o poder de decidir sobre a sua cessação. Ora, uma vez que é uma forma de privar a liberdade de um indivíduo, o poder máximo de a fazer cessar não deveria estar entregue nas mãos de órgãos administrativos, até porque o poder condenatório sempre coube à instância judicial. É verdade que um direito tão importante como a liberdade e autonomia do cidadão não devia estar entregue a alguém que não um juiz, formado intelectual e psicologicamente para tal, mas também é uma verdade irrefutável que nos casos das medidas de segurança a administração também tem o papel decisivo. Logo, não podemos afirmar que a PRI limita de forma absurda os poderes da instância judicial condenatória nem que amplia ilimitadamente os poderes da administração penitenciária, além de que tanto a pronúncia como a cessação do regime de internamento estão sujeitos ao princípio da competência judicial. A única coisa que se impede é a exatidão da pena conferida pelo juiz no momento da sentença condenatória, dado o especial sujeito que se apresenta como criminoso e condenado, dadas todas as suas especiais características anteriormente abordadas. A decisão

do julgador apresenta-se aproximativa, uma vez que só define os limites entre os quais se vai desenrolar a reinserção social do delinquente, não fixando imutavelmente os seus elementos (essa tarefa cabe à administração penitenciária, mediante provas de recuperação deste). O julgador, neste caso, é o juiz do tribunal de execução de penas. Claro que poderíamos dizer que um juiz está longe o suficiente do recluso em questão e que muito provavelmente não conseguirá formar uma opinião fiel e justa o suficiente para o especial delinquente. É aqui que reveste especial importância a intervenção da administração penitenciária com os seus relatórios e estudos sobre o natural e específico desenvolvimento do recluso, de forma a saber se estará ou não apto a ser recolocado em liberdade, tomando total controlo da sua vida e das suas vontades, mantendo-se afastado da atividade criminosa. Além disso, o próprio juiz também pode visitar de forma frequente os estabelecimentos penitenciários com o objetivo de criar uma certa proximidade com o agente, onde, assim, poderá tomar uma decisão mais bem fundada.

1.1 - A PRI NA LEI

A lei não é, nem poderia ser, muito pormenorizada sobre o que é a pena relativamente indeterminada. Este termo aparece pela primeira vez encabeçando o capítulo V do código penal que se inicia no artigo 83.º. Aquilo que este artigo nos diz é que a agentes que apresentem determinadas características se aplica uma pena relativamente indeterminada: o crime que potencialmente terá como reação criminal a PRI deve ter sido praticado sob a forma dolosa e caber-lhe uma pena de prisão efetiva superior a dois anos. Além disso, o agente deve ter cometido anteriormente pelo menos dois crimes dolosos, aos quais também se devesse aplicar ou se tivesse aplicado⁷¹, uma pena de prisão efetiva superior a dois anos. Estes são então os pressupostos formais de aplicação deste instituto. Mas não basta só isto, sendo necessário que se harmonizem com um pressuposto material: o agente deve revelar uma *acentuada inclinação para o crime* que seja perceptível através da avaliação conjunta dos factos e da sua própria personalidade, que se possa notar no momento da sua condenação. A inclinação não tem necessariamente que respeitar a crimes reiterados da mesma espécie (homotropia), sendo válida também quando respeitar a crimes reiterados de diferente natureza (polítropa). No entanto, o(s) crime(s) anterior(es) deixam de ser tomados em conta

⁷¹ A PRI não exige a condenação pelos crimes anteriormente praticados, bastando-se com a sua prática, desde que esses crimes possam ser apreciados no processo em que tem lugar a aplicação desta pena.

se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos⁷². Já aos factos praticados e/ou julgados no estrangeiro são levados em consideração para a aplicação desta reação criminal se em Portugal lhes corresponda uma pena de prisão efetiva superior a dois anos e se tiverem sido punidos nesse mesmo sentido⁷³.

Acontece que esta situação vale para um tipo de delinquentes. Isto porque o nosso sistema penal distingue dois tipos de delinquência por tendência: a delinquência por tendência grave e a delinquência por tendência menos grave. O acima exposto aplica-se para aquele tipo. O segundo tipo encontra a sua regulamentação no artigo 84.º. Assim, a delinquência por tendência menos grave pressupõe, por sua vez, o cometimento de pelo menos quatro crimes dolosos que tenham sido ou sejam punidos com uma pena de prisão efetiva e que o crime que resulta na aplicação da PRI seja doloso cuja pena a aplicar seja de prisão efetiva⁷⁴.

A moldura da PRI apresenta-se de forma diferente quando comparada com aquelas a que estamos habituados, que fornecem um mínimo e um máximo fixos, porque se faz depender das penas – e, conseqüentemente, das molduras (essas sim “normais”) – que concretamente caberiam ao crime cometido. No caso da delinquência por tendência grave (artigo 83.º), o limite mínimo da moldura da pena situa-se nos dois terços da pena de prisão que caberia concretamente ao crime cometido, enquanto o seu teto máximo é definido pela soma de seis anos a essa mesma pena concreta. Assim, se pensarmos num crime de ofensa à integridade física grave (artigo 144.º CP), em que o juiz considerasse que a culpa do agente se situava ao equivalente a três anos e se se encontrassem preenchidos os restantes requisitos para a aplicação da PRI, a moldura resultaria na punição do agente de dois a oito anos (dois terços de três são dois, que seria o seu mínimo, e dois mais seis são oito, o seu limite máximo). Se,

⁷² Nestes 5 anos não é considerado o período de tempo que eventualmente o delincente esteve a cumprir pena de prisão, medida processual ou de segurança, privativas da liberdade. Isto porque durante esse tempo o agente encontrava-se efetivamente privado da sua liberdade, pelo que não podemos considerar que esteve 5 anos sem cometer crimes por sua livre vontade, uma vez que não era o seu livre-arbítrio que dominava as suas ações. Ele pode simplesmente ter-se mantido na linha do direito precisamente por não ter alternativa, já que se encontrava sem o direito à sua liberdade plena. Fala-se aqui numa «prescrição» da tendência».

⁷³ Não se exige a condenação prévia, bastando o cometimento dos crimes, precisamente porque na letra da lei se pode ler «(..) a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada...», o que sugere a ideia de que pode a pena relativamente indeterminada ser aplicada num processo em que se verifique o concurso de crimes e em que esses crimes a concurso sejam os únicos praticados pelo agente (desde que mais de 2), logo o agente apresentava-se até aí sem antecedentes criminais.

⁷⁴ Se na delinquência por tendência grave se exigia que o crime “atual” fosse punido com uma pena de prisão efetiva de pelo menos dois anos, aqui apenas se exige que o mesmo seja doloso e que lhe caiba pena de prisão efetiva, não impondo um mínimo, mas atentando no artigo 41.º do código penal que nos diz que a pena de prisão tem, via de regra, a duração mínima de um mês.

pelo contrário, utilizarmos este mesmo exemplo mas numa situação de delinquência por tendência menos grave, a moldura seria diferente. A lei determina que o limite mínimo desta também se encontra nos dois terços da pena que concretamente caberia ao caso (manter-se-iam os dois anos, uma vez que são igualmente os dois terços de três), mas altera-se o limite máximo, dizendo que em vez de seis anos, se acrescentam somente quatro. Assim, resultaria numa moldura de dois a seis anos (novamente, dois terços de três são dois e dois mais quatro são seis). Em tudo o resto a punição da delinquência por tendência menos grave se identifica com a punição por tendência grave⁷⁵. Salvaguarda-se a exigência de qualquer pena de prisão (e aqui inclui-se também a PRI em qualquer dos seus regimes) não exceder o limite imperativo dos 25 anos⁷⁶.

Temos ainda dois regimes especiais previstos no artigo 85.º e nos artigos 86.º a 88.º que correspondem, respetivamente, aos regimes de delinquência por tendência nos jovens e delinquência por tendência com base no abuso de álcool ou outros estupefacientes⁷⁷.

Há que fazer uma chamada de atenção ao artigo 85.º que vem afirmar a ideia de que para toda a regra há uma exceção: este regime especial aplica-se a agentes com idade inferior a 25 anos no momento da prática do crime⁷⁸. Aqui os requisitos para aplicação da PRI diferem ligeiramente: têm que ter cumprido anteriormente pelo menos 1 ano de prisão (já não se permite apenas o cometimento do crime, antes a condenação efetiva em pelo menos 1 ano); o limite mínimo da moldura mantém-se inalterado, enquanto o máximo sofre uma pequena modificação, onde se acresce à pena que concretamente caberia ao caso apenas 4 ou 2 anos, consoante estivermos perante delinquência por tendência grave ou menos grave; o prazo de “prescrição” da tendência também se encurta para 3 anos.

Quanto ao regime estabelecido para os alcoólicos e equiparados, há que distinguir entre aquela pessoa com tendência para exceder-se nas bebidas alcoólicas e o alcoólico propriamente dito que, segundo EDUARDO CORREIA, é um indivíduo que sofre de uma embriaguez crónica capaz de lhe alterar a personalidade. O que faz sentido, desde logo

⁷⁵ Tanto quanto às condenações proferidas em país estrangeiro como a questão da “prescrição” da tendência.

⁷⁶ Cf. *Código Penal Português*, artigo 41.º, n.º 2.

⁷⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *op. cit.* (2010), artigos 83.º et seq.

⁷⁸ 25 anos porque, tal como FIGUEIREDO DIAS explica, «criminologicamente entende-se que, até aos 25 anos, é excessivo dizer-se, desde logo, que se trata de delinquente especialmente perigosos». No entanto, pensa-se que hoje talvez esta justificação não se enquadre com a realidade, até porque são muitos os casos em que o delinquente é menor de 25 anos e é efetivamente delinquente por tendência caminhando, inclusivamente, a passos largos para a consistência de uma verdadeira carreira criminosa.

porque a pessoa com tendência para abusar de bebidas alcoólicas apenas sofre como que uma alteração psiquiátrica da personalidade, mas essa alteração não tem necessariamente que lhe alterar o comportamento ao ponto de se transformar em alguém que não é. No entanto, o alcoólico tem uma inclinação séria para o consumo de bebidas alcoólicas, alcoolizando-se sempre que tem oportunidade. Ou seja, a pessoa com tendência para o abuso de bebidas alcoólicas embebeda-se sempre que bebe (ou quase sempre); já o alcoólico vê a sua personalidade alterada sempre que bebe, fazendo-o sempre que tem oportunidade para tal. Não está propriamente em causa se se trata de um *problema* de nascença ou adquirido na juventude; se é ou não frequente ou constante; se é ou não culposo, antes se há ou não uma tendência para o consumo de bebidas de tal forma que se torna um vício capaz de lhe alterar a personalidade (inclusive quando se encontra em estado sóbrio). Justifica-se a necessidade de tutela penal uma especial perigosidade do agente associada ao seu abuso de bebidas alcoólicas: os crimes cometidos por este agente, ainda que no seu estado sóbrio, são condicionados pelo seu vício (crimes que foram cometidos no seu estado de embriaguez; crimes cometidos fora desse estado mas consubstanciados na necessidade de alimentar esse seu vício; crimes cometidos ainda fora desse estado mas provocados pela diminuição ou enfraquecimento dos seus fatores de inibição ou impedimento, por força do consumo do álcool; crimes cometidos devido à carência do consumo do álcool – estado de ressaca ou abstinência), pelo que o que se pretende alcançar com a norma de aplicação da PRI nestes casos é a prevenção contra o alcoolismo que já lhe é presente no seu dia-a-dia, que já interferiu na sua personalidade, transformando-a ao ponto de o fazer, designadamente, furtar bebidas alcoólicas.

Para aplicar esta pena deve existir uma especial relação, um especial nexos causal, entre o facto e o estado de embriaguez ou a tendência para tal do agente, por um lado, e, por outro, uma acentuada tendência para a prática de outros crimes, estando sob influência de tal estado. No entanto, a perigosidade não tem que se traduzir na prática de crimes da mesma espécie⁷⁹, mas também não pode o estado do agente transformá-lo num inimputável no momento da prática do facto porque, nesse caso, o que lhe caberia seria uma medida de segurança. Isto é, ele ao praticar o facto deve agir com culpa e com a mínima consciência dos seus atos para que, então, o seu estado não lhe provoque a inimputabilidade.

⁷⁹ Não tem que ser uma perigosidade homótopa.

Diferentemente do que acontece com a delinquência por tendência abordada anteriormente, os limites máximos da moldura da PRI são de mais dois anos (acresce-se dois anos à pena que concretamente caberia ao facto praticado) na primeira condenação e mais quatro anos nas seguintes (acresce-se quatro anos à pena que concretamente caberia ao facto praticado), enquanto os limites mínimos se mantêm inalterados (dois terços da pena que concretamente caberia ao crime cometido). Assim, pegando novamente no exemplo dado anteriormente sobre a ofensa à integridade física grave (artigo 144.º CP), a moldura da PRI seria de dois a quatro anos, caso se tratasse de uma primeira condenação e de dois a seis anos caso houvesse lugar a novas condenações.

A pena relativamente indeterminada – ou a liberdade condicional –, nestes casos, deve ser executada no sentido de ajudar a eliminar ou combater o alcoolismo do condenado (ou a sua tendência para abusar de bebidas alcoólicas) e isso pode ser feito através da, nomeadamente, obrigação do condenado, por parte do juiz, a abster-se de bebidas alcoólicas. Tal obrigação deve estar presente na sentença.

O regime da pena relativamente indeterminada contido nos artigos 86.º e 87.º CP (referentes aos alcoólicos e pessoas com tendência para abusar de bebidas alcoólicas) é igualmente aplicado àquele sujeito que abusa de qualquer tipo de estupefacientes⁸⁰, independentemente de causarem habituação ou não, que resultem numa inibição dos centros e capacidades nervosas ou não, estando incluídas as drogas de uso liberalizado ou de uso autorizado por prescrição médica e não só aquelas cujo consumo está proibido legalmente. Os crimes considerados relacionados com o abuso de estupefacientes são aqueles cometidos dentro ou fora do estado de intoxicação, mas condicionados pelo vício do agente (os mesmos destacados no caso do alcoolismo, mas desta vez relacionados com a toxicodependência e o abuso de estupefacientes, salvaguardando que, nestes casos, a delinquência por tendência atua fundamentalmente no âmbito dos crimes contra o património). Se no caso dos alcoólicos e pessoas com tendência para abusarem de bebidas alcoólicas o que se pretendia alcançar com a norma era a prevenção contra o alcoolismo, aqui o que se pretende alcançar é a

⁸⁰ O toxicodependente ou a pessoa com tendência para abusar de estupefacientes. Para efeitos deste preceito considera-se toxicodependente aquela pessoa que padece de uma dependência capaz de lhe alterar psiquiatricamente a personalidade. Já a pessoa com tendência para abusar de estupefacientes é aquela em relação à qual não se pode falar de uma verdadeira dependência, mas sim de uma tendência, uma inclinação séria, para tal consumo. Estas distinções funcionam de igual forma como para o caso do alcoólico e da pessoa com tendência para abusar de bebidas alcoólicas. Sobre isto, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *op. cit.* (2010), artigo 88.º.

prevenção contra a intoxicação, uma vez que a especial perigosidade (elemento fundamental para a aplicação da PRI em qualquer que seja a sua modalidade ou o seu público-alvo) do agente está associada ao seu abuso de estupefacientes. Aqui já se supõe então uma relação especial entre o facto e o estado de toxicoddependência ou a tendência para esse abuso, por um lado, e por outro, a acentuada tendência para a prática de outros crimes devido ao seu estado. Aqui também não se exige a homotropia criminal e, mais uma vez, a toxicoddependência ou a tendência do agente não podem causar-lhe a inimputabilidade, uma vez que já sabemos qual a reação criminal adequada a aplicar nesse caso.

O tribunal pode, de igual forma, na sentença determinar a obrigação por parte do agente de se abster do consumo de estupefacientes, com o objetivo de realizar a intenção de eliminação da toxicoddependência.

A duração concreta da pena relativamente indeterminada só se fixa durante a execução e de acordo com o regime de liberdade condicional. Nesta altura já nos é possível identificar e afirmar que a pena relativamente indeterminada tem uma dupla natureza: de pena e de medida de segurança, pelo que também o seu regime de libertação é *misto*. Traduz-se na necessidade de se cumprir o limite mínimo da moldura da PRI (dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao caso) para que o tribunal de execução das penas avalie a existência ou não dos pressupostos necessários para a colocação em liberdade condicional. Esses pressupostos, previstos no artigo 61.º, n.ºs 1 e 3 do código penal, são o consentimento do condenado e a compatibilidade da libertação com as necessidades de prevenção especial. A liberdade condicional tem um máximo de cinco anos ou o número de anos correspondente ao limite máximo da pena relativamente indeterminada, quando este for inferior a cinco. Chegando ao fim do período da liberdade condicional e se motivos não haja para a sua revogação, a PRI considera-se cumprida e/ou extinta. Porém, se, cumprido o limite mínimo da moldura da pena relativamente indeterminada, a liberdade condicional não for concedida, prossegue a execução daquela até se encontrar cumprida a pena que concretamente caberia ao crime cometido. Após esse momento, aplicam-se as regras referentes à execução das medidas de segurança ⁸¹. A alternativa final é a concessão da liberdade condicional

⁸¹ Fica assim excluída a aplicação do artigo 61.º, n.º 4 CP, que previa a obrigatoriedade de liberdade condicional quando se encontrassem cumpridos cinco sextos da pena, uma vez que este instituto da liberdade condicional não se encontra previsto para as medidas de segurança, antes liberdade para prova. Cf. Artigo 94.º CP.

cumpridos dois terços da pena que concretamente caberia ao crime cometido, mas nota-se um motivo posterior para a sua revogação. Neste caso, a liberdade condicional é revogada e o condenado continua a cumprir a sua pena relativamente indeterminada até ao seu limite máximo, sendo impossível o seu prolongamento para além do seu limite máximo, mesmo que ainda se faça sentir a perigosidade do condenado (pelo que não se aplica o disposto no artigo 92.º, n.º 3 CP).

1.2 - A PRI NA DOCTRINA

A pena relativamente indeterminada nasce oficialmente em 1982, quando aparece pela primeira vez sob esta designação no nosso Código Penal. Ela era a solução encontrada para, mantendo um sistema monista, sancionar ainda com penas os delinquentes imputáveis especialmente perigosos⁸². Essa pena, em virtude da culpa especialmente grave daquele sobre quem incidirá, tem então a característica de criar uma moldura penal abstrata, cujo limite mínimo é dois terços da pena que concretamente caberia ao caso e o limite máximo coincide com essa pena acrescida de dois, quatro, ou seis anos, consoante a particularidade da delinquência por tendência, tal como já foi explicado e exemplificado no ponto anterior. Uma vez que o próprio curso da pena só se fixa durante a sua execução, a sua duração efetiva – entre o mínimo e máximo previamente definidos – resulta da atuação ou das regras do instituto da liberdade condicional, bem como da verificação dos seus pressupostos substanciais ou, em alternativa, do facto do condenado ter atingido o cumprimento máximo da pena.

BELEZA DOS SANTOS⁸³, também já anteriormente citado, fazia coincidir a pena relativamente indeterminada com a pura pena indeterminada. Sendo certo que são dois institutos diferentes, desde logo porque a pena indeterminada, em que a condenação assumia uma finalidade exclusivamente especial-preventiva, servindo para a correção ou emenda do próprio delincente. Além disto, a pena indeterminada não tinha em si uma ideia de culpa inerente: duraria enquanto durasse a perigosidade do agente, deixando muitas vezes nas mãos da administração penitenciária a cessação da perigosidade e, conseqüentemente, a

⁸² Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Consequência jurídica do crime – Direito Penal Português, Parte Geral II* (2013), 4ª reimpressão.

⁸³ Cf. *Idem*.

cessação da pena. Ela seria pura e simplesmente uma medida de segurança, sem qualquer possibilidade de identificação com uma pena em si própria.

A pena relativamente indeterminada, não na aceção que agora conhecemos, teve no seu fundo uma ideia de possibilidade de prorrogação da pena para os casos de delinquência por tendência. Mas como dessa forma não se conseguiria compreender se em causa estaria uma medida de segurança disfarçada ou uma pena assumida criaram-se pontos de vista. Enquanto BELEZA DOS SANTOS defendia que se tratava de uma medida de segurança por defender o monismo prático do ponto de vista da execução⁸⁴, CAVALEIRO DE FERREIRA optava por assumir aquela aplicação como uma pena de segurança, dando a conhecer que se faziam sentir ali sinais de culpa⁸⁵. EDUARDO CORREIA é quem se aproxima mais da PRI que agora conhecemos e termina de vez com a ideia de que talvez entre nós existisse um dualismo disfarçado para admitir sem margem de dúvidas que somos um sistema de base monista, uma vez que todo o regime de tratamento jurídico-penal deste tipo de delinquência se explicava com base na pena correspondente à personalidade, ou seja, «culpa pela não formação da personalidade do agente»⁸⁶. Assim, a PRI foi introduzida no ProjPG de 1963 acentuando as suas vantagens, entre as quais, a facilitação da socialização do agente, uma vez que poderia fazer-se cessar, a partir do cumprimento do seu mínimo, assim que cessasse a sua perigosidade sentida, bem como o facto de a PRI assumir um limite inultrapassável (coincidente com o cumprimento do limite máximo da sua moldura), o que asseguraria a proteção dos direitos e garantias do condenado. Acontece que, na prática, na generalidade dos casos de delinquência especialmente perigosa, a culpa do agente é agravada, pelo que também será razoável aplicar-lhe uma pena agravada (ou uma agravação da pena). Este agente demonstra uma «culpa da atitude interior manifestada no facto»⁸⁷ pelo que deverá responder pela qualidade desvaliosa da sua personalidade. Ou seja, ao pensarmos no caso dos alcoólicos, o delinquente pode ter a sua culpa agravada porque sabe ou deveria saber que em virtude dessa qualidade sua desvaliosa compromete a ordem jurídica. Assim, ao cair repetidamente no mundo do crime revela uma consecutiva traição ao direito, uma vez que não luta por conformar a sua personalidade com a atuação legal, fundamentando a sua maior

⁸⁴ Cf. *Revista Legislação e Jurisprudência* 70 337 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.* (2013) pp. 500 *et seq.*

⁸⁵ FERREIRA, M. Cavaleiro de, cit 48 ss *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.* (2013) pp. 520 *et seq.*

⁸⁶ CORREIA, Eduardo *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.* (2013) pp. 520 *et seq.*

⁸⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.* (2013) p. 559

culpa e, conseqüentemente, uma pena mais pesada. Parece aceitável esta justificação, mas pode não ser o bastante. Isto porque se assim for, pode pensar-se que sendo a agravação da pena justificada pela sua maior culpa, será possível que essa agravação a fazer exceda o limite máximo da pena abstratamente prevista para o facto. Desse modo, tem que entrar uma outra justificação: aquela em que a PRI não será exclusivamente uma pena de culpa precisamente porque em momento algum o tribunal fixa o limite de culpa do delinvente especialmente perigoso, deixando uma margem em aberto (a moldura abstrata da pena relativamente indeterminada). Claro que essa moldura é encontrada através da pena que concretamente caberia ao crime cometido e, nesse caso, fixa-se um limite de culpa, mas também é certo que se abaixa esse valor para dois terços e se aumenta num determinado lapso de anos consoante a situação em concreto e se assume que, até cumprido o número de anos que concretamente caberia ao crime, aplicam-se as regras das penas; passado esse ponto, já se aplicam as regras das medidas de segurança (assumindo, mais uma vez, a natureza dupla ou mista da sanção). Além disto, no próprio artigo destinado à regulamentação da pena relativamente indeterminada fala-se que o agente deve demonstrar uma acentuada inclinação para o crime mesmo no momento da condenação. Ou seja, se a PRI fosse somente dependente da culpa, não faria sentido falar do momento da condenação, antes importaria somente o momento da prática do facto! Concluindo, tudo isto vem mostrar que o real fundamento deste instituto não é somente uma culpa mais grave ou agravada, uma culpa da personalidade, mas sim também a própria perigosidade persistente do agente, porque ela sim fundamenta a necessidade de sanção ou tratamento para além daquilo que, em casos de delinquência normal, seria o máximo da culpa do indivíduo ⁸⁸.

A determinação da pena relativamente indeterminada dá-se com base em três níveis: numa primeira abordagem determina-se a pena concreta que ao facto caberia, de acordo com os critérios comuns e gerais de determinação de qualquer medida concreta da pena; segue-se a formação da moldura penal abstrata da PRI e, por fim, fixa-se a duração concreta da pena relativamente indeterminada, exclusivamente em função da perigosidade do agente e só durante a própria execução. Desta forma, a primeira e segunda etapas são da competência do tribunal da condenação, enquanto a última se encontra destinada ao tribunal de execução

⁸⁸ Por outras palavras, estamos formalmente perante uma pena, mas substancialmente perante uma medida de segurança, onde a finalidade de prevenção especial de socialização assume primado absoluto. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *op. cit.* (2013) p. 579.

das penas. O agente, aquando da sentença condenatória, é condenado a uma pena em relação à qual apenas conhece o seu mínimo e máximo de duração⁸⁹, o que só por si já pode desencadear um transtorno psíquico que não atormenta, por norma, um condenado a uma pena de prisão fixa (precisamente porque sabe o tempo que efetivamente estará lá). No entanto, o delinquente especialmente perigoso sabe também que, num máximo, estará lá determinado tempo, por essa razão, este problema que poderia colocar em causa a justeza da sanção não é tão grave quanto numa primeira abordagem poderia parecer.

1.3 - A PRI NA JURISPRUDÊNCIA

Quando comparamos o número de casos julgados em tribunal português com o número de processos em juízo cuja sentença resulte possivelmente na aplicação de uma pena relativamente indeterminada percebemos que, muito provavelmente, há casos mal cuidados. Ou casos que, por fraca atenção, foram punidos de uma forma em que a pena relativamente indeterminada se teria revelado mais eficaz. Este instituto, apesar de criterioso por ter que obedecer a determinadas regras já anteriormente enunciadas, é versátil. E com isto pretende-se dizer que pode ser aplicado a um número bem mais variado de casos em que efetivamente o é. Pode inclusive existir alguma dificuldade em categorizar os casos em que seria plausível a aplicação de uma pena relativamente indeterminada, algo que não se censura. Desde logo porque tal instituto pode, aos olhos mais desatentos, confundir-se com a reincidência ou mesmo com o cúmulo jurídico⁹⁰. No entanto, a reincidência não fala em especial tendência para o crime nem a pena relativamente indeterminada fala em trânsito em julgado da sentença condenatória (além de o número de crimes necessário como pressuposto para punição ser diferente em ambos os casos, bem como diferente é também o tempo mínimo de prisão efetiva em que deve o arguido ser condenado)⁹¹. Já o cúmulo jurídico apresenta-se como uma forma de punição de concurso de crimes (sendo o concurso de crimes a prática de vários crimes antes do trânsito em julgado de qualquer uma dessas condenações), pelo que em nada tem a ver com o instituto em apreço.

⁸⁹ Cf. ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, (2015), 2ª edição, Coimbra Editora pp. 123 *et seq.*

⁹⁰ Cf. COSTA, António da, *O cúmulo jurídico na doutrina e na jurisprudência do STJ*, p. 2.

⁹¹ Sobre isto, é punido como reincidente quem praticar um crime doloso que deva ser punido com pena de prisão efetiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado em sentença já transitada em julgado por crime doloso numa pena de prisão efetiva superior a 6 meses, desde que, consoante as circunstâncias do caso, o agente for de censurar em virtude das condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência, diz-nos o artigo 75.º, n.º 1, CP.

Ao analisarmos os últimos 5 anos, o Supremo Tribunal de Justiça ajuizou sobre 3 casos em que a pena relativamente indeterminada havia sido a condenação do tribunal *a quo*, sendo que terá apreciado cerca de 23 casos desde 1990 até o presente ano. O Tribunal Constitucional deverá ter-se pronunciado apenas 2 vezes⁹² sobre este instituto, após duras críticas à sua admissibilidade constitucional num sistema jurídico-penal como o nosso, até 1998. Os Tribunais da Relação de Évora e Lisboa são os que com mais frequência aplicam esta sanção, no entanto contam-se pelos dedos das duas mãos as vezes em que foi aplicada, por cada um deles. Os restantes tribunais de segunda instância resumem-se à aplicação da pena relativamente indeterminada escassíssimas vezes. Perante tais dados, teremos nós necessidade de manter este instituto?

Pensem em casos como o de Henrique Sotero⁹³ cuja pena, numa primeira instância, foi de 25 anos de prisão. Ora, sem possibilidade de analisar toda a matéria de facto nem o próprio acórdão, claro que opinar é uma arte meramente subjetiva e nem pode ser concludente ao ponto de fundamentar uma crítica a tal decisão, no entanto, será que esse caso não poderia ter sido resolvido com uma pena relativamente indeterminada? Isto porque, sendo verdade que o condenado não matou ninguém, dez anos se passaram até que ele fosse condenado pelos atos praticados e comportamentos criminosos, tendo, inclusive, mantido contacto com algumas das vítimas depois do crime cometido, com o intuito de as pressionar ou ameaçar. Sendo certo que os crimes anteriores (mais de dois) haveriam sido dolosos e a pena de prisão efetiva que lhes caberia era superior a 2 anos, sendo certo também que o crime atual era doloso e lhe cabia uma pena de prisão efetiva superior a 2 anos, ficava por apurar se a avaliação conjunta dos factos praticados e a sua própria personalidade revelavam aquela “acentuada inclinação para o crime” persistente no momento da condenação. A mim parece que sim. A questão a apontar, que poderia impedir a aplicação deste instituto, seria a da “prescrição” da tendência. Mas seria uma conclusão a tirar somente tendo acesso a todo o processo. No entanto, a título de exemplo, este é um dos casos que parece ficar punido de uma forma que, apesar de poder ser eficaz, pode não ser aquela com melhor utilidade e capacidade ressocializadora para o agente.

⁹² Uma delas em 1986 e a outra em 1994.

⁹³ Mais conhecido como o “violador de Telheiras”.

2. ALTERNATIVA À PRI?

Já em Espanha existe uma medida de segurança um tanto quanto inovadora – entre nós, de momento – uma vez que prevê a possibilidade de responsabilizar pessoas jurídicas através daquilo a que chamam *liberdade vigiada*, apresentando-se esta também como uma resposta aos crimes graves (como o terrorismo e os crimes contra a liberdade sexual; crimes contra a vida e crimes de ofensas à integridade física quando se trate de vítimas de violência de género e doméstica) praticados por agentes imputáveis.

Este instituto procura assegurar, tal como a nossa pena relativamente indeterminada, a segurança dos cidadãos contra possíveis atitudes violadoras de bens jurídicos por parte de sujeitos condenados pela prática de crimes como os supra enunciados, em que a permanência desses indivíduos no estabelecimento criminal – ainda que por largos anos – não foi suficiente para pôr termo à sua perigosidade criminal. Uma vez que é uma medida de segurança e que se está a aplicar a imputáveis, pressupõe que estes apresentem a sua imputabilidade diminuída, bem como que seja de prever que o comportamento perigoso ou tendencial para o crime desses delitos se mantenha.

Consiste não numa privação da liberdade *tout court*, como representa a nossa PRI, mas antes uma medida limitadora da liberdade, dessa forma mantém a necessidade de uma boa fundamentação para não correr o risco de chocar contraprincípios e direitos fundamentais e constitucionalmente consagrados. Aqui, o condenado pode ser sujeito ao cumprimento de determinadas regras de conduta, como a localização permanente; a proibição de aproximação ou contato com a vítima; a proibição de se ausentar sem autorização judicial; a obrigação de residir em determinado local, cumprindo determinadas atividades; a obrigação de se submeter tanto a tratamentos médicos como a frequentar determinados programas formativos⁹⁴. Também aqui se valoriza ou avalia a própria personalidade do agente.

Ora, se esta medida de segurança tivesse somente uma função de substituir a pena não se enquadraria tanto, provavelmente, com a nossa solução para os mesmos casos. Acontece que se previu a possibilidade natural ou mesmo a exigência legal de aplicar esta medida de

⁹⁴ RIVAS, García, *op. cit.*

segurança como um complemento a uma pena privativa da liberdade, isto é, uma medida de segurança a cumprir de forma sucessiva, posterior, à pena.

Pode ser decretada pelo juiz por duas formas: ou através de sentença, para um cumprimento então posterior à pena de prisão, assumindo um caráter obrigatório; ou nos casos dos inimputáveis ou “imputáveis diminuídos”, na sentença também ou durante a própria execução, apresentando um caráter facultativo. Dois meses a faltar para a libertação do condenado a pena de prisão e inicia-se o procedimento para definir o âmbito desta “*libertad vigilada*”, escolhendo as proibições e obrigações que a acompanham. No entanto, se o juiz entender que a perigosidade do agente já não se faz sentir, pode optar por considerar sem efeito a medida de segurança, em nome de um prognóstico positivo de reinserção que torne desnecessária ou improcedente (ou indevida, com os efeitos contrários) a execução da liberdade vigiada⁹⁵. Tem uma duração máxima de cinco anos, tendo vindo a pensar-se em dez anos, e na decisão de aplicação ou na própria formação do corpo substantivo desta medida de segurança é chamado tanto o juiz que sentenciou como o juiz que acompanha a situação na vigilância penitenciária. Ambos são imprescindíveis desde logo porque enquanto o primeiro tem em seu poder factos que podem ser determinantes (porque estudou o processo com as suas mãos), o segundo conhece pessoalmente o prognóstico penitencial do sujeito, como a sua evolução comportamental ou psíquica, por exemplo. A liberdade vigiada pode ser modificada pelo juiz, alterando as proibições ou obrigações impostas; reduzindo a sua duração ou mesmo deixando-a sem efeito ou terminando-a.

Privar a liberdade de uma pessoa que já cumpriu a sua pena de prisão – ou que ainda a vá cumprir – faz crer que a liberdade é uma moeda de troca. Claro que estão em causa os interesses da própria sociedade e na prática nada mais é do que privar a liberdade de um para proteger todos os outros. Tendo sempre presente que o direito penal é o direito dos bens jurídicos, que protege bens jurídicos e não o direito do criminoso ou da vítima, qualquer que seja a desculpa ou fundamentação que arranjemos para a existência ou aplicação de uma

⁹⁵ A liberdade vigiada não se confunde com a liberdade condicional, desde logo porque esta tem lugar quando um condenado vê adiantada a sua libertação sob condição de que não volte a cometer novos crimes. Já aquela não exige propriamente uma condenação a pena de prisão prévia (vimos que apresenta várias funções, entre as quais a simples medida de segurança).

medida de segurança privativa da liberdade além da pena de prisão, deve respeitar a Constituição, porque caso contrário tão à margem do direito está quem fundamenta indo contra a Constituição como o próprio transgressor das normas.

Esta medida do sistema jurídico-penal espanhol encontra-se, no meu ponto de vista, num intervalo entre aquilo que é a nossa pena relativamente indeterminada (ou pelo menos a sua fundamentação) e a liberdade condicional. Claro que traria essa vantagem de aniquilar por completo a crítica tecida quanto à continuidade da privação da liberdade do condenado após o cumprimento da pena que concretamente caberia ao facto que é, por sua vez, limitada pelo seu nível de culpa. Mas, por outro lado, manteria a crítica dura da indeterminação maior ou menor da própria pena a cumprir.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, se vantagens há na manutenção da pena relativamente indeterminada, as críticas também não são poucas. Umas com mais fundamento, outras com menos. No entanto, a grande pergunta com a qual iniciamos o projeto mantém-se: qual a razão para a pouca aplicabilidade jurisprudencial da sanção?

Quer-nos parecer que as críticas tecidas à pena relativamente indeterminada se poderiam enquadrar mais veemente naquilo que foi a pena indeterminada. Hoje em dia sabemos que a criminalidade parece apresentar as mais inovadoras formas de ficar (ou tentar ficar) impune, pelo que o próprio estado é que tem que adaptar o direito a essa inovação crescente. A pena relativamente é adequada aos casos que se propõe resolver. Não surgiu, como vimos, de uma ideia absurda e muito menos se manteve, como analisado, à margem dos olhares mais atentos. No entanto, temos plena noção de que por mexer com um direito tão importante quanto o da liberdade é perigosa: é danosa e, se não aplicada com a sensibilidade necessária, pode repercutir-se quer em grandes injustiças, quer em grandes fraudes.

Infelizmente ela não é aplicada tantas vezes quanto poderia, a meu ver, e não se justifica essa escassez com a escassez também de delinquentes por tendência; antes com a pobre qualificação dos agentes que chegam a juízo.

A liberdade vigiada poderia ser uma boa alternativa à PRI, no entanto não se pode garantir que asseguraria tão bem quanto esta a integridade da comunidade e das próprias vítimas ou ofendidos. Porém, e como já sabemos, o direito penal é a ciência que protege os bens jurídicos, e não as vítimas. No meu ver, acabam por ser ambas, na prática, a justificação que falta à permissibilidade, por parte do estado, de prorrogar a pena de prisão, fundamentando essa dilatação com a perigosidade do agente (que, como vimos, também pelos críticos pode ser considerada excessiva, por considerarem que punir pela perigosidade é punir pelo incerto).

Persistimos dizendo que o quesito central estará em qual dos valores se sobreporá: a liberdade do indivíduo ou a segurança da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, *Comentário ao Código Penal*, (2010).

ANCEL, MARC, *Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado*, 1956, disponível em <file:///C:/Users/simpl/Downloads/Dialnet-PenasYMedidasDeSeguridadEnDerechoPositivoComparado-2772278.pdf>, consultado em 03/03/2017.

ANTUNES, MARIA JOÃO, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, (1993).

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Concurso de crimes e pena relativamente indeterminada*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Abril/Junho 1996).

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão da anomalia psíquica*, (2002).

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Consequências jurídicas do crime*, (2015), 2ª edição.

ARÚS, FRANCISCO BUENO, *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, (2008).

CASTRO, MORAIS & SEABRA, FERNANDO, *Apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as prelecções magistrais do Exmo. Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso do 5.º ano jurídico de 1940/1941*, (1941).

CAVALEIRO, FERREIRA, *A personalidade do delinquente na repressão e na prevenção*, (1943).

CORREIA, EDUARDO & SANTOS, BELEZA, *O presente e o porvir da ciência do direito penal*, (1937 – 2016).

CORREIA, EDUARDO & CORREIA, FERRER, *Fundamento da interdição por demência: alguns aspetos do problema*, (1954), RLJ ano 86 n.ºs 3016 a 3020.

CORREIA, EDUARDO, *Código Penal: Projeto da Parte Geral*, (1963), Boletim MJ n.º 127.

CORREIA, EDUARDO & FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Cidadão delinquente: reinserção*, (1983).

COSTA, ANTÓNIO DA, *O cúmulo jurídico na doutrina e na jurisprudência do STJ*, disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/rodrigues_costa_cumulo_juridico.pdf, consultado em 01/05/2017.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Consequência Jurídica do crime – Direito Penal Português, Parte Geral II*, (2013), 4ª reimpressão.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, Doutrina geral do crime*, (2007), 2ª edição.

FRAGOSO, HELENO, *Revista de Direito Penal*, (1982), n.º 31, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP31.pdf, consultado em 05/04/2017.

LEITE, ANDRÉ LAMAS, *Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: linhas de um esboço*, (2009), disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/56629/2/49790.pdf>, consultado em 14/04/2017.

LEITE, ANTÓNIO ARCHER, *Direito criminal: delinquentes perigosos, lições Dr. Beleza dos Santos*, (1951).

RIVAS, NÍCOLAS GARCIA, *La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad*, (2013).

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso*, (1983).

ROXIN, CLAUS & STREE, WALTER & ZIPF, HEINZ, *Einführung in das neue Strafrecht*, (1982).

SANTOS, BELEZA DOS, *Lições sobre a culpa*, (1941),

SANTOS, BELEZA DOS, *A prevenção especial: os delinquentes habituais e os multiocasionais – valor e limites*, (1952).

SANTOS, BELEZA DOS, *Relatório sobre os estabelecimentos prisionais*, (1955).

SANTOS, BELEZA DOS, *Tratamento e libertação dos delinquentes habituais*, (1957).

SANTOS, BELEZA DOS, *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*, (1968).

VAZ PATTO, PEDRO MARIA GODINHO, *Os fins das penas e a prática judiciária*, (2011).

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02/11/2006, Processo n.º 3157/06, Relator: Oliveira Rocha.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04/11/2009, Processo n.º 540/08.3GCALM.S1, Relator: Armindo Monteiro.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22/05/2003, Processo n.º 03P1223, Relator: Pereira Madeira.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/04/2002, Processo n.º 02P772, Relator: Pereira Madeira.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05/11/2014, Processo n.º 36/13.1PCPRT.P1, Relator: Neto de Moura.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24/01/2012, Processo n.º 6817/10.7TXLSB-G.L1-5, Relator: José Adriano.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17/11/2011, Processo n.º 759/11.0YRLSB-3, Relator: Jorge Raposo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22/01/2003, Processo n.º 0068273, Relator: Santos Monteiro.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09/05/2002, Processo n.º 009869, Relator: Silveira Ventura.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09/01/2001, Processo n.º 0093555, Relator: Santos Rita.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28/01/1987, Processo n.º 0003055, Relator: Sá Nogueira.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02/10/1991, Processo n.º 0271143, Relator: Bárbara Madeira.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/10/1994, Processo n.º 0334783, Relator: Serra e Lima.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17/05/2017, Processo n.º 116/13.3GBNLS.C1, Relator: Orlando Gonçalves.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23/02/2011, Processo n.º 2643/08.5PBAVR.C1, Relator: Paulo Guerra.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 04/04/2017, Processo n.º 1558/10.1TXEVR-G.E1, Relator: António João Latas.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19/11/2015, Processo n.º 1558/10.1TXEVR-F.E1, Relator: Maria Isabel Duarte.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15/12/2015, Processo n.º 134/12.9GDEV.R.E2, Relator: José Proença da Costa.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19/02/2013, Processo n.º 9/12.1GCPSR.E1, Relator: João Gomes de Sousa.

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>