

STVDIA IVRIDICA 2

Comissão Redactora

TEIXEIRA RIBEIRO — ALMEIDA COSTA — EHRHARDT SOARES  
CASTANHEIRA NEVES — FARIA COSTA

Redactor Delegado

JOSÉ de FARIA COSTA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

---

COIMBRA EDITORA

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

---

MARIA JOÃO ANTUNES

## O INTERNAMENTO DE IMPUTÁVEIS EM ESTABELECIMENTOS DESTINADOS A INIMPUTÁVEIS

(OS ARTS. 103.º, 104.º E 105.º  
DO CÓDIGO PENAL DE 1982)



1993

---

COIMBRA EDITORA

#### NOTA PRÉVIA

*O trabalho que agora se publica corresponde, no essencial, à dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Criminais entregue na Faculdade de Direito de Coimbra em Maio de 1990.*

*Aproveitamos este momento para agradecer a todos quantos, de uma forma ou outra, contribuíram para a realização e publicação deste trabalho. Impõe-se, no entanto, que aqui sejam destacados o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, em Freiburg, na pessoa do Professor Doutor Peter Hünnerfeld, e a Faculdade de Direito de Coimbra, nomeadamente a Biblioteca e o Boletim da Faculdade de Direito, que agora lança a Coleção «Studia Iuridica». Ainda no plano institucional, mas fundamentalmente no pessoal, expressamos aqui os nossos sinceros agradecimentos ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias.*

*Coimbra, Julho de 1993.*

Composição e impressão  
Coimbra Editora, Limitada

ISSN 0872-6043

ISBN 972-32-0631-5

Depósito Legal n.º 72 357/93

Our love of freedom requires that the criminal law protect the citizen accused of lawbreaking, otherwise we run the risk of government overpowering the citizen. Our love of safety requires that the criminal law protect the community, otherwise we run the risk of individuals harming each other and destroying society. This is a dilemma every modern society must face.

THOMAS SZSAZ

## INTRODUÇÃO

Com o direito penal clássico a problemática da anomalia psíquica no momento da prática do crime ganha o particular destaque a ela hoje dedicado nos diversos ordenamentos jurídicos, sob a designação de «inimputabilidade». São exemplo desta preocupação do direito penal, o CP francês de 1810 — «Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action» (art. 64.º) — e o CP bávaro de 1813, monumento do direito penal clássico da autoria de Feuerbach, que excluía de pena «... les furieux, les fous, et, en général, ceux qui auront complètement perdu l'usage de leur intelligence par hypochondrie ou par toute autre maladie mentale grave, et qui auront commis un crime dans cet état» (art. 120.º, 2.º).

Em Portugal, onde o século das Luzes também se repercutiu ao nível legislativo, Mello Freire elabora um projecto de Código Criminal, em 1789, que denota a preocupação em tratar diferentemente não só os «furiosos ou dementes», os «verdadeiros melancholicos ou phreneticos» e «todo o genero de loucos» — «não são capazes de delicto e de pena» —, como também os furiosos, cujo «delicto fosse cometido antes do furor ou demencia» — «não serão castigados (...), porque neste estado o castigo seria inutil, e serviria mais de horror, do que de emenda ou exemplo» (título II, §§ 1.º e 3.º).

Este outro lado da anomalia psíquica — a anomalia psíquica posterior à prática do crime — vem a ter um relevo muito especial na legislação penal portuguesa do séc. XIX. Dele é sintoma, desde logo, o art. 93.º, § único, do CP de 1852 — «Nos que enlouquecerem depois de cometido o crime, se sobreestará, ou no processo de acusação, ou na execução da pena, até que eles recuperem as suas faculdades intellectuais» —, disposição recebida, na íntegra, pelo art. 114.º, § único, do CP de 1886.

Já no séc. XX são também exemplos da relevância substantiva da anomalia psíquica posterior à prática do crime, o CPP de 1929 — especialmente os

arts. 126.º (suspeita de falta de integridade mental posterior à prática da infracção) e 130.º, § único (consequências da falta de integridade mental posterior à prática da infracção) — e a RP de 1936, concretamente a partir da distinção entre a prisão-asilo e o manicómio criminal (arts. 121.º e 147.º).

A partir desta RP é também destacada a situação daqueles que, não obstante a anomalia psíquica contemporânea da prática do crime não ter levado à declaração de inimizabilidade, são merecedores de uma consideração especial (art. 121.º) por contraposição aos delinquentes não portadores de qualquer anomalia.

Podemos afirmar, por conseguinte, que o direito penal português passa a relevar a anomalia psíquica segundo três pontos de vista essenciais: a anomalia psíquica contemporânea da prática do crime com o efeito de tornar o portador inimizável; a anomalia psíquica contemporânea da prática do crime sem o efeito de obstar à declaração de inimizabilidade; e a anomalia psíquica posterior à prática do crime.

Esta visão tripartida das perturbações da vida mental do delinquente chega ao CP de 1982, centrando-se o nosso estudo apenas na anomalia psíquica posterior à prática do crime e na contemporânea desta prática, sem que daqui resulte uma declaração de inimizabilidade. Concretamente, constituirão o nosso objecto principal os arts. 103.º, 104.º e 105.º do CP, disposições que integram um capítulo denominado «Do internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica».

Segundo o primeiro artigo, este internamento em estabelecimento destinado a inimizáveis, por tempo correspondente à duração da pena, ocorre quando o delinquente não for declarado inimizável, mas se mostrar que, por virtude de anomalia psíquica de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns lhe é prejudicial ou que ele perturba seriamente esse regime. O internamento não prejudica a possibilidade de liberdade condicional, nem impede o reinternamento do delinquente em estabelecimentos comuns pelo tempo de privação de liberdade que lhe falte cumprir, logo que cesse a causa determinante do internamento em estabelecimento especial.

Já quando a anomalia psíquica sobrevém ao delinquente depois da prática do crime — art. 104.º —, o internamento em estabelecimento destinado a inimizáveis tem lugar quando aquela anomalia tem os efeitos previstos no art. 103.º ou os previstos no art. 91.º, disposição que estabelece os pressupostos do internamento de inimizáveis — medida de segurança aplicada a inimizáveis perigosos. Findo o internamento será levado em conta na duração da pena o tempo que ele tiver durado, mas, independentemente da duração do internamento, o tribunal pode conceder logo a liberdade condicional ao delinquente.

Finalmente, e ainda na hipótese de a anomalia psíquica ser posterior à prática da infracção, o art. 105.º prescreve a suspensão da execução da pena até que cesse o estado de anomalia psíquica que deu lugar à causa, sempre que esta não torne o delinquente criminalmente perigoso, nos termos do art. 91.º Esta decisão pode sujeitar o delinquente ao cumprimento dos deveres e à vigilância previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 94.º; deveres considerados necessários à prevenção da perigosidade do delinquente e, em especial, o de se submeter a tratamentos e regimes de cura apropriados e se prestar a exames e observações nos locais que lhe forem indicados; e vigilância tutelar de trabalhadores sociais especializados. Cessando a causa da suspensão, pode o tribunal, em vez de ordenar a execução da pena que esteja por cumprir, conceder logo a liberdade condicional ou decretar a suspensão da execução da pena.

Do exposto, e por comparação com ordenamentos jurídicos que nos são próximos, concluímos que o legislador penal português se, por um lado, regula mais exaustivamente a questão da anomalia psíquica sobrevinda depois da prática do crime, podendo ser daqui retirados efeitos substantivos consideráveis, por outro, dispõe diferentemente em relação à anomalia psíquica contemporânea da infracção.

Relativamente a este último aspecto, saliente-se que os códigos penais alemão, espanhol, italiano e suíço não contemplam soluções diferentes das que se inscrevem no tratamento tradicional dos casos de inimizabilidade diminuída: ao delinquente imputável portador de uma anomalia psíquica é aplicada uma pena e uma medida de segurança se for criminalmente perigoso — §§ 21.º e 63.º, art. 9.º, 1.ª, arts. 89.º e 219.º e arts. 11.º e 43.º, respectivamente. Ou seja, para além de não contemplarem uma solução própria para casos de anomalia psíquica contemporânea do crime que não se reconduzam à situação de inimizabilidade diminuída com o efeito de tornar o portador criminalmente perigoso, estes ordenamentos não dão relevo, nos respectivos códigos, em qualquer caso, aos efeitos da anomalia psíquica na execução da pena em estabelecimento comum.

Quanto à anomalia psíquica sobrevinda depois da prática do crime, um diploma como o CP alemão nem sequer a considera, limitando-se o § 455.º I do CPP a ver nela uma causa de suspensão da execução da pena, a solução que também vale para outras enfermidades sempre que a execução represente um perigo próximo para a vida do condenado. Já o direito penal suíço consagra uma disposição no CP — art. 40.º —, segundo a qual a execução de uma pena privativa da liberdade só pode ser interrompida por motivo grave, sendo o internamento em hospital ou hospício descontado, por inteiro, na pena, desde que a transferência não se fique a dever a causas manifestamente anteriores ao início da execução, hipótese em que não há desconto ou este é apenas parcial.

Diferentes já nos parecem ser os ordenamentos jurídicos espanhol e italiano, muito embora sem a riqueza de hipóteses do direito penal português. No primeiro, o CP, num capítulo dedicado à execução da pena, concretamente no art. 82.º, prescreve a suspensão da execução da pena quando o condenado fica mentalmente alienado depois de proferida a decisão definitiva ou quando a alienação surge durante o cumprimento da pena. À suspensão vem a corresponder o internamento em estabelecimento destinado aos inimputáveis até o condenado recuperar as faculdades mentais e, assim, poder ser cumprida a sentença, ressalvada a hipótese de, entretanto, a pena prescrever.

O art. 148.º do CP italiano defronta a questão da superveniência da enfermidade mental diferindo ou suspendendo a execução da pena restritiva da liberdade, consoante a enfermidade surja antes do início da execução ou durante esta, sempre que o juiz considere que a enfermidade é uma tal que impede a execução da sanção. À suspensão ou ao diferimento corresponde o internamento em manicomio criminal até que cessem as razões justificativas deste, momento em que já é possível executar a pena.

E se aquilo que outros ordenamentos jurídicos preceituam — ou não preceituam — sobre a anomalia psíquica contemporânea da prática do crime e a sobrevivência depois desta prática, por si só, já é razão suficiente para que nos detenhemos nesta questão, uma leitura dos arts. 103.º, 104.º e 105.º justifica o estudo dos mesmos, pela riqueza de interrogações que suscita.

Interrogações que, relativamente ao art. 103.º, têm a ver, sobretudo, com a delimitação do âmbito de aplicação da norma e com a razão de ser do internamento dos imputáveis portadores de anomalia psíquica em estabelecimento destinado a inimputáveis, e que em relação aos arts. 104.º e 105.º vêm a centrar-se em três pontos essenciais: a razão justificativa da relevância da anomalia psíquica posterior à prática do crime no que diz respeito à execução da pena; a natureza jurídica das medidas aplicadas ao condenado — o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis e a suspensão da execução da pena — até cessar o estado que lhes deu origem; e o regime da execução da pena depois de ter cessado a anomalia psíquica.

## CAPÍTULO I

### O INTERNAMENTO DE IMPUTÁVEIS PORTADORES DE ANOMALIA PSÍQUICA CONTEMPORÂNEA DA PRÁTICA DO CRIME

#### 1. O ART. 103.º DO CP

O art. 103.º do CP de 1982 — internamento de imputáveis em estabelecimento destinado a inimputáveis — contempla, no n.º 1, a possibilidade de o tribunal ordenar o internamento do *delinquente não declarado inimputável*, em *estabelecimento destinado a inimputáveis*, por tempo correspondente à duração da pena, se se mostrar que, *por virtude da anomalia psíquica de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns lhe é prejudicial, ou que ele perturba seriamente esse regime*.

Segundo o n.º 2, este internamento não prejudica a possibilidade de liberdade condicional, nem impede o reinternamento do delinquente em estabelecimento comum pelo tempo de privação de liberdade que lhe falte cumprir, logo que cesse a causa determinante do internamento em estabelecimento especial.

##### 1.1. Âmbito de aplicação

O art. 103.º pressupõe, desde logo, que a anomalia psíquica em causa seja contemporânea da prática da infracção, sem, contudo, ter levado à declaração de inimputabilidade. Esta circunstância compreende-se, no contexto do CP de 1982, por duas razões essenciais: a declaração de inimputabilidade, de acordo com o art. 20.º, n.º 1, exige uma ligação entre a anomalia psíquica e o facto concretamente praticado <sup>(1)</sup>; a tradicionalmente denominada «imputabilidade dimi-

(1) O art. 20.º, n.º 1, do CP de 1982 impôs, assim, que o tratamento processual da questão da inimputabilidade do agente deixasse de ter lugar nos quadros processuais de

núda» só leva à declaração de inimizabilidade preenchidos que estejam os pressupostos do art. 20.º, n.º 2.

Para determinação da inimizabilidade do delinquente, o art. 20.º, n.º 1, do CP adopta o chamado «método misto», o método biopsicológico-normativo (2) (3): é inimputável quem, por força de uma *anomia psíquica* — substrato biopsicológico — é incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação — efeito normativo (4).

um simples incidente de alienação mental, como acontecia no CPP de 1929 (arts. 125.º e segs.), pois esta solução não permitiria o necessário relacionamento entre a inimizabilidade e o facto concreto praticado, precisamente por aquela questão ser respondida naquele incidente de forma geral e abstracta. O CPP de 1987 opta por uma tramitação processual unitária dos crimes que levam à aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança — situações, pois, que só no momento da sentença vêm a distinguir-se (cfr. arts. 368.º e 369.º) —, sendo este o verdadeiro alcance do n.º 1, alínea a), do art. 1.º daquele diploma legal: «Para efeitos do disposto no presente Código considera-se crime: o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais». E isto porque, se avulta de imediato uma inegável vantagem técnica na utilização de conceitos definitórios, cremos com Baptista Machado (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legisimador*, p. 111), que «a definição legal compreende sempre uma vontade ou intenção normativa, uma decisão — por isso que o legislador, ao dar de certa situação de facto uma definição, o que faz antes do mais é formular a sua resposta a uma questão normativa».

No sentido da interpretação dada ao art. 1.º, n.º 1, alínea a), cfr. Acórdão da Relação do Porto, de 3 de Julho de 1991, *CJ*, XVI, IV, p. 273 s. Sobre a questão processual implicada, v., FIGUEIREDO DIAS, *Para Uma Nova Justiça Penal*, p. 216, e *O Código de Processo Penal Português Dois Anos Depois*.

(2) Sobre o critério do CP de 1982 v., FIGUEIREDO DIAS, *Jornadas de Direito Criminal*, p. 75 s., e *Actas*, *BMJ*, 143, p. 20 s.

(3) Este método é também conhecido por «método biológico-psicológico» — equivalendo esta última parte da expressão aos efeitos das perturbações mentais —, muito embora se tenha a denominação como pouco correcta e se defendam antes as denominações «método psíquico-normativo», «método biológico-normativo», ou «método psicopatológico-normativo». Assim, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 600, nota 19, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1985, § 20.º, Nm. 1, e H. L. SCHREIBER, *Études sur la Responsabilité Pénale et le Traitement Psychiatrique des Délinquants Malades Mentaux*, p. 16. Como muito bem destacou Eduardo Correia (*Direito Criminal*, I, p. 337), «o critério determinante da inimizabilidade é misto não tanto no sentido da contraposição biológico-psicológico, como no sentido de conter elementos *descriptivos* e elementos *normativos* ou valoradores». Por outro lado, a densificação do elemento «descriptivo» adequa-se melhor à expressão «biopsicológico».

(4) A esta opção opõem-se os métodos que privilegiam o elemento biopsicológico, de que é exemplo o art. 64.º do CP francês de 1810, ou o elemento ou efeito normativo. Sobre

Na esteira do pensamento de Beleza dos Santos, defende-se que «o juízo de inimizabilidade não pode fazer-se em abstracto, com carácter de generalidade, mas só em concreto, isto é, em relação com *um certo facto*, com a realização de *um certo tipo legal de crime*. É perfeitamente concebível que, num momento dado, o agente possua a capacidade de valorar um acto de furto e de se decidir por essa valoração, mas não possua essa capacidade em relação, *v. g.*, a um crime sexual — devendo pois ser considerado imputável em relação àquele crime mas não a este» (5). É, pois, «de ponderar que a *inimizabilidade* deve referir-se ao *delito cometido*, porque pode o agente ter *consciência da sua punibilidade ou ilicitude* e a *capacidade de querer de harmonia* com essa apreciação e, no entanto, faltar-lhe aquele poder de compreensão e vontade para delitos de outra espécie ou vice-versa» (6).

Esta questão coloca-se pertinentemente em relação às anomalias psíquicas, tradicionalmente conhecidos por «monomanias» — dada a convicção errónea de que afectavam apenas um sector da personalidade deixando os outros inalterados —, pois o agente da prática do crime só será considerado inimputável se o acto criminoso se ligar à monomania. Ou seja, aquele que sofre da mania da perseguição será considerado inimputável se matar o pseudo-perseguidor, mas já será punido se cometer um crime (*v. g.* violação) sem nenhuma ligação com a ideia delirante.

Deste modo é, então, admissível a hipótese de o portador de uma anomalia psíquica não ser declarado inimputável em relação ao facto praticado, o que torna possível o internamento deste delinquente num estabelecimento destinado a inimputáveis, se se mostrar que, por virtude da anomalia psíquica de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns lhe é prejudicial, ou que ele perturba seriamente esse regime (art. 103.º, n.º 1).

Por outro lado, a declaração de inimizabilidade só ocorre, quando o portador de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina,

eles, criticamente, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 335 ss.; H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 601.

(5) EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 346.

(6) BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 70.º, p. 85. No mesmo sentido se dirigem as *Actas*, *BMJ*, 143, p. 21: o art. 17.º — «É inimputável quem, ao tempo do facto, em virtude de uma anomalia psíquica é incapaz de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de harmonia com essa avaliação» —, quando descreve o efeito psicológico, repete intencionalmente a palavra «facto», porque se quer referir a avaliação da ilicitude ao facto concreto praticado.

Este entendimento tem a concordância da generalidade da doutrina. Entre outros, v., H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 601 e 605; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 679 s.; FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 196.

sem que por isso possa ser censurado, tem no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação *sensivelmente diminuída* — art. 20.º, n.º 2. Ou seja, a tradicionalmente denominada «imputabilidade diminuída» — à qual correspondem, não propriamente os casos intermédios («semi-imputabilidade») entre a imputabilidade e a inimputabilidade penal, mas, verdadeiramente, os casos onde o efeito normativo da inimputabilidade só parcialmente se verifica (7) — não acarreta necessariamente uma declaração de inimputabilidade.

Na verdade, de acordo com o pensamento de Eduardo Correia, nesta matéria particularmente visível (8), a declaração de inimputabilidade não abrange todo o campo da imputabilidade diminuída, mas só o daquela que é proveniente de anomalia psíquica grave, *cujos efeitos o agente não domina sem que por isso possa ser censurado*. E esta solução encontra justificação no seguinte: «sempre que o delinquente consiga demonstrar que, a despeito de todos os esforços que efectivamente fez — na medida em que tal lhe era exigível — para se sobrepor a uma tendência e conservar a sua liberdade de avaliação e decisão perante ela, não pôde dominá-la e foi por ela irresistivelmente conduzido ao crime, deve então considerar-se que tal delinquente não atinge aquela *normalidade* biológica e psíquica, não detém aquela capacidade de valoração dos seus actos e de decisão de acordo com a valoração feita, que está na base da imputabilidade» (9). Ao mesmo tempo ganha o princípio da culpa: ele é purificado, uma vez que se remetem para o domínio da inimputabilidade as hipóteses em que seria particularmente problemática a afirmação de que o delinquente podia alguma coisa pelo seu carácter.

Ainda que partindo de pressupostos distintos, também encontramos em Figueiredo Dias um alargamento dos casos de inimputabilidade, precisamente à custa dos tradicionalmente considerados de imputabilidade diminuída, uma vez que para este Autor a imputabilidade diminuída reconduz-se aos «casos de imputabilidade 'duvidosa', no particular sentido de que neles se comprova a existência efectiva de uma anomalia psíquica — geralmente leve, *v. g.*, uma psicopatia ou uma neurose —, mas sem que se tornem claras as consequências que daí

(7) Assim, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 356 s.; H.-H. JESCHECK, *Tra-  
tado de Derecho Penal*, I, p. 607 s.; F. MANTOVANI, *Diritto Penal*, p. 680 s. No entanto, entre  
nós, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, I, p. 196 s., utiliza a expressão «semi-  
imputabilidade» como sinónima de imputabilidade diminuída.

(8) Como expressamente o reconhece FIGUEIREDO DIAS, *Jornadas de Direito Criminal*,  
p. 77.

(9) EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 359. Cfr. ainda, sobre este ponto, *Rela-  
tório do Projecto da Parte Geral do Código Penal*, p. 39, e *Actas, BMJ*, 140, p. 252 s.

devem fazer-se derivar relativamente ao momento adicional exigido; casos, pois, (...) em que é *pouco clara*, ou simplesmente *parcial*, a possibilidade que ao juiz se oferece de 'compreensão' da personalidade do agente», o que leva a «reconhecer como legítimo que o legislador, dada aquela incerteza, e a fim de a eliminar, passe a considerar de verdadeira inimputabilidade a generalidade dessas hipóteses, com o que é o princípio da culpa que sai purificado — não abarca situações em que a culpa só duvidosamente se oferece à compreensão do juiz (10).

À luz deste pensamento dir-se-á que a alternativa não está em tratar os casos de imputabilidade diminuída como de imputabilidade ou de inimputabilidade, na medida em que o agente possa ou não ser censurado por não dominar os efeitos da anomalia psíquica grave, não acidental, mas ela reside sim em considerar, «o delinquente imputável ou inimputável, consoante a 'compreensão' se revele ou não ainda possível relativamente ao *essencial* fundamento do facto» (11).

Mau grado a defesa do alargamento das fronteiras tradicionais da inimputabilidade, de forma a caberem dentro delas certos casos de imputabilidade diminuída, continua a ser possível a aplicação de uma pena ao delinquente psiquicamente anómalo que não domine os efeitos da anomalia podendo por isso ser censurado; da mesma forma, pode ser aplicada uma pena ao delinquente, cuja anomalia psíquica não impeça o tribunal de «compreender» a personalidade manifestada no facto. E com isto, quer evidenciar-se que o art. 103.º contempla também os casos de imputabilidade diminuída, aos quais corresponda uma declaração de imputabilidade, não obstante o delinquente ser portador de uma anomalia psíquica com o efeito de lhe tornar prejudicial o regime dos estabelecimentos comuns ou de ele perturbar seriamente esse regime.

## 1.2. Regime e justificação político-criminal do internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis

O internamento previsto no art. 103.º é *por tempo correspondente à duração da pena*, não ficando prejudicada nem a possibilidade de *liberdade condicional*, nem o *reinternamento* em estabelecimentos comuns *pelo tempo de liberdade que falte cumprir*, logo que cesse a causa determinante do internamento em estabe-

(10) FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 197.

(11) FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 198 e, especialmente, nota 77, onde o Autor dá conta da similitude entre a posição que defende e a vazada no texto do *Projecto* de 63 e que veio a corresponder ao actual art. 20.º, n.º 2. Similitude, no entanto, confinada à possibilidade de o tribunal considerar imputável ou inimputável o delinquente tradicionalmente tido como imputável diminuído.

lecimento especial. O Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto (alterado pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março) — RP de 1979 — prescreve ainda no art. 10.º, cujos n.ºs 2 e 4 correspondem integralmente ao art. 103.º do CP — o antecedente mais imediato desta disposição —, que o internamento só pode ter lugar com o *consentimento do recluso* (n.º 3) e que o regime da execução deve respeitar, tanto quanto possível, *o regime previsto para os imputáveis*, com as limitações impostas pelas exigências do seu internamento naqueles estabelecimentos (n.º 5).

Deste regime legal parece resultar, de imediato, que a única alteração na execução da pena privativa de liberdade consiste em o delinquente cumprir a pena num estabelecimento especial, procurando-se, assim, «resolver um problema a que os penitenciários costumam ser muito sensíveis: o daqueles indivíduos que são declarados imputáveis mas que, em virtude de anomalia psíquica, se não compadecem com o regime vigente em estabelecimentos para imputáveis» (12), o que vem a concretizar-se no prejuízo que o internamento em estabelecimento comum acarreta para o recluso e/ou na perturbação do funcionamento regular daquele. Não obstante, pois, o internamento ter lugar num estabelecimento destinado a inimputáveis, este deve ser visto, neste contexto, como uma instituição que *proporciona* ao delinquente uma execução da pena mais individualizada — terá ao seu dispor tratamentos terapêuticos mais adequados e eficazes —, tratando-se, por conseguinte, de uma forma particular de execução da pena privativa de liberdade (13).

A solução prevista no art. 103.º do CP é tributária do princípio político-criminal da humanização da pena, princípio rector do cumprimento da pena pri-

(12) EDUARDO CORREIA, *Actas, BMJ*, 152, p. 19. No mesmo sentido, BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 73.º, p. 241 ss.; E. PATINI, *RDP*, p. 111. Este Autor reporta-se directamente ao art. 148.º do CP italiano, criticando-o por não permitir o internamento, em estabelecimento adequado, dos delinquentes cuja enfermidade mental posterior à prática do crime não tem o efeito de suspender a execução da pena. Cfr. *infra*, p. 42.

(13) Disposição equivalente à do art. 103.º do CP pode ser encontrada no Código Penal de Zanardelli (art. 47.º), precisamente em relação ao delinquente de imputabilidade diminuída: a pena a este aplicada era executada num estabelecimento de segurança, quando as condições pessoais do delinquente — v. g., a anomalia psíquica — impusessem um regime particular de tratamento e de cura. A doutrina sublinhava que o internamento era pelo tempo de duração máxima da condenação, acabando mesmo que perdurasse o perigo inerente à enfermidade mental; que não estava prejudicada a possibilidade de reinternamento em estabelecimento comum; e que o delinquente continuava a poder beneficiar da liberdade condicional. Sobre isto e com indicações bibliográficas, v. E. MUSCO, *La Misura di Sicurezza Detentiva*, p. 20 s.

vativa da liberdade (14) a encontrar eco no art. 25.º, n.º 2, da CRP. Mas ela inscreve-se ainda no mandamento político-criminal de que a pena deve constituir um instrumento liberto de efeitos estigmatizantes (15), ao fazer apelo ao princípio do internamento voluntário, ideia indissolivelmente ligada à voluntariedade do tratamento terapêutico (16): o internamento em estabelecimento destinado a *inimputáveis* amplifica, inegavelmente, as sequelas da estigmatização que à execução da pena andam umbilicalmente ligadas, com a desvantagem acrescida de o alargamento ser, neste caso concreto, também qualitativo. A «instituição total» (Goffman) que é o estabelecimento psiquiátrico é, tal como a prisão, um palco privilegiado das «cerimónias degradantes» (Garfinkel) que integram o processo de adscrição de um estigma (17).

O ponto de equilíbrio entre o cumprimento do mandamento político-criminal acabado de mencionar e o dever de serem devidamente acautelados os direitos da população prisional em geral — a anomalia psíquica pode ter como efeito que o delinquente perturbe seriamente o regime prisional — encontrou-o o legislador através da formulação de disposições como as dos arts. 111.º e segs. da RP de 1979, a inscreverem-se num título denominado «segurança e ordem» e que permitem, por exemplo, o internamento numa cela especial de segurança do recluso, cujo estado psíquico faça recear a prática de actos de violência contra si próprio ou contra pessoas ou coisas (art. 111.º, n.ºs 1 e 2, alínea f)). Por outro lado, não é indiferente a esta questão a circunstância de a RP de 1979 adoptar o princípio da separação de estabelecimentos e reclusos em função do grau de segurança (máxima, média ou mínima) que oferecem e de ser possível, portanto, a transferência por razões especiais de segurança (art. 115.º) (18).

Os «prejuízos de carácter penitenciário» subjacentes ao disposto no art. 103.º (19) explicam o surgimento do próprio manicómio criminal. Histo-

(14) Sobre este princípio cfr. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 35 s.; G. BETTIOL/P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 62 s.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 78 s.

(15) Sobre este mandamento e as suas refracções no direito penal português, FIGUEIREDO DIAS, *ROA*, 1983, p. 33 ss., e *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 790 s.

(16) Cfr. *infra*, p. 83 s.

(17) Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, p. 21 s., relativamente aos estabelecimentos prisionais e T. SZASZ, *Idéologie et Folie*, p. 232 ss., e E. GOFFMAN, *Asiles*, p. 359 e 408 s., em relação à estigmatização, enquanto realidade ligada à psiquiatria.

(18) Sobre o princípio mencionado v., EDUARDO CORREIA/ANABELA RODRIGUES/ALMEIDA COSTA, *Direito Criminal — III* (1), p. 139 ss.

(19) Cfr. *infra*, p. 31.

ricamente, este situa-se no processo iniciado na segunda metade do séc. passado de progressiva diferenciação das instituições carcerárias tendo em vista as diversas categorias de delinquentes e, desde o início da sua defesa, o problema evidenciado era também o dos delinquentes que enlouqueciam durante o cumprimento da pena, *para os quais o regime comum estava contra-indicado* <sup>(20)</sup> <sup>(21)</sup>. Apesar de esta conclusão mostrar o carácter subsidiário e funcional daquela instituição relativamente ao estabelecimento prisional comum, não a caracterizando uma plena autonomia, a assentar na perigosidade do delinquente, segundo os postulados da escola positiva, não podemos, contudo, ocultar a influência desta escola no processo de individualização da execução da pena <sup>(22)</sup>; influência ainda mais evidente se a contrapusermos à escola clássica para a qual, pode dizer-se, o problema penal terminava com o trânsito em julgado da sentença condenatória <sup>(23)</sup>.

Em Portugal, a preocupação com a criação de estabelecimentos próprios para criminosos alienados evidencia-se, pela primeira vez, na Lei de 4 de Julho de 1889 — criam-se enfermarias especiais no hospital de Lisboa e dotam-se as penitenciárias de condições próprias para nelas serem tratados alienados —, muito embora a necessidade de criação de uma «divisão especial de alienados com o nome de alienados criminosos» tenha sido anteriormente salientada no Relatório da Comissão encarregada de elaborar o Projecto de CP de 1861.

Com o Decreto de 11 de Maio de 1911 surge, entre nós, a figura dos manicómios criminais (art. 1.º, § 1.º, 3.ª categoria) — neles eram internados os delinquentes julgados irresponsáveis por alienação mental e os que enlouqueciam nos cárceres —, figura que subsiste até 1979, momento em que a RP do mesmo ano a elimina e cria os hospitais psiquiátricos prisionais, estabelecimentos especiais, previstos no art. 158.º, n.º 5, daquela reforma. Tal como foi pensado inicialmente, o manicómio criminal só recebia os «criminosos alienados» — aqueles cujos crimes são uma manifestação indeclinável da sua própria organização, constitucionalmente anómala —, delinquentes distintos dos «alienados criminosos» — aqueles cuja criminalidade é fortuita ou acidental, verdadeiros doentes, na aceção restrita do termo, que estão bem em qualquer manicómio, porque nada na

<sup>(20)</sup> A expressão é de BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 73.º, p. 242.

<sup>(21)</sup> Sobre os antecedentes históricos do manicómio judiciário, com uma referência especial ao caso italiano, v. I. CAPPELLI, *Enciclopedia del Diritto*, p. 427 ss., e A. ALESSANDRI, *RitalDPP*, p. 279 s.

<sup>(22)</sup> Sobre esta influência, em síntese, H.-H. JESCHECK, *Estudos «In Memoriam» do Prof. Beza dos Santos*, p. 14 ss.

<sup>(23)</sup> A conclusão é, entre outros, de F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 561.

sua psicologia, nos seus costumes ou tendências os distingue dos seus congéneres que, todavia, não delinquiram <sup>(24)</sup>. Uma distinção deste tipo, a denotar um elevado grau de preocupação com a individualização dos delinquentes, não subsiste na RP de 1936, de acordo com o conteúdo do art. 147.º, muito embora seja de reconhecer que este diploma é uma homenagem à ideia da classificação dos delinquentes e à consequente criação de estabelecimentos prisionais distintos (art. 3.º). Concretamente em relação aos delinquentes psiquicamente anómalos, a RP de 1936 mantém o manicómio criminal (art. 147.º) e cria a prisão-asilo, onde o internamento se justifica, em princípio, pelas razões subjacentes ao art. 103.º do CP (art. 121.º da RP de 1936) <sup>(25)</sup>.

## 2. REFLEXOS SUBSTANTIVOS DO INTERNAMENTO DE IMPUTÁVEIS EM ESTABELECIMENTO DESTINADO A INIMPUTÁVEIS

Embora tenhamos entendido o art. 103.º como uma resposta muito particular a um problema penitenciário e, portanto, como dele não decorrendo nenhuma consequência significativa por a execução ocorrer em estabelecimento destinado a inimputáveis, nomeadamente a caracterização do internamento como medida de segurança <sup>(26)</sup>, não queremos, contudo, negar que o conteúdo do artigo tem reflexos substantivos evidentes, o que afasta o entendimento segundo o qual o art. 103.º seria uma mera norma de execução <sup>(27)</sup>.

Estes reflexos substantivos, evidentes no texto do *Projecto* de 63, — o § 2.º do art. 124.º (artigo correspondente ao actual 103.º) permitia que o tribunal prolongasse o internamento, mesmo para além do tempo em que o agente foi condenado, se concluísse do conjunto da personalidade deste, do facto praticado e do comportamento prisional, que o delinquente, em razão do seu estado psíquico,

<sup>(24)</sup> Cfr. o Relatório que antecede o diploma de 11 de Maio de 1911.

<sup>(25)</sup> Cfr. *infra*, p. 20 ss.

<sup>(26)</sup> Esta caracterização pode ser sugerida quer por o internamento ocorrer em estabelecimento de inimputáveis, o que o aproxima da medida de segurança aplicada a inimputáveis perigosos, quer por o art. 103.º integrar um título do CP denominado, precisamente, «Das medidas de segurança». No sentido do texto, M. LOPES ROCHA, *Para uma Nova Justiça Penal*, p. 39; MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, anotação ao art. 103.º; LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982*, I, anotação ao art. 103.º

<sup>(27)</sup> Como evidenciou o próprio autor do *Projecto* (*Actas, BMJ*, 152, p. 21) e destacou o Parecer da Câmara Corporativa (*PCC*, p. 421).

era criminalmente perigoso — não se perderam, contudo, com a eliminação do § então proposto. Dir-se-á até que eles decorrem desta supressão.

O conteúdo do art. 103.º, como procuraremos demonstrar, vem a contender, essencialmente, com a questão do monismo ou dualismo das reacções criminais e com o problema da relevância (ou irrelevância) penal dos estados de perigosidade pré-delitual. Antes, porém, de nos reportarmos ao direito penal português contido no CP de 1982, justifica-se uma incursão no direito anterior a este diploma. Incursão que terá a vantagem de, por um lado, confirmar a relevância substantiva de disposições idênticas à contida no art. 103.º e, de por outro, dar conta da evolução do direito português, sendo neste domínio verdadeira evolução na diferença.

### 2.1. A questão no direito penal português a partir da RP de 1936

É na RP de 1936 que encontramos a disposição mais remota, correspondente ao art. 103.º do CP de 1982 — o art. 121.º: «As prisões-asilos destinam-se ao cumprimento das penas privativas de liberdade dos delinquentes penalmente imputáveis afectados de anomalia mental, aos quais seja prejudicial o regime das prisões comuns ou que se tornem prejudiciais aos reclusos sujeitos a este regime», ou, nas palavras-síntese de Beleza dos Santos, o cumprimento em prisão-asilo justifica-se por a reclusão em estabelecimento para normais estar contra-indicada<sup>(28)</sup>.

A esta localização temporal não é indiferente a circunstância de não haver, até aí, uma consciência clara da figura da imputabilidade diminuída, o que, por seu turno, está ligado a um método estritamente biológico da determinação da imputabilidade. Ou seja, a não consideração do efeito normativo, ao qual se liga a figura da imputabilidade diminuída, não permitia uma autonomização desta e daí que a Lei de 4 de Julho de 1889, e também a de 3 de Abril de 1896, tenha contemplado apenas, para além dos casos de inimputabilidade, a situação dos delinquentes, cuja alienação tivesse surgido já depois da prática do crime

Aquele Autor adverte, relativamente aos delinquentes internados em prisão-asilo, que não se trata aqui de uma perigosidade criminal, no sentido de «um perigo de prática de crimes», mas de um perigo de prejuízos para o próprio preso ou para os outros presos, ou seja, um «perigo de prejuízos de carácter penitenciário», que podem ter ou deixar de ter carácter criminoso e que se limitam ao domínio prisional»<sup>(29)</sup>.

<sup>(28)</sup> Cfr. *supra*, nota 20.

<sup>(29)</sup> Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 73.º, p. 338.

Mas se o perigo aqui em causa é um «perigo de prejuízos de carácter penitenciário», fica por explicar que findo o cumprimento da pena esta se prorrogue, nos termos do art. 131.º, dependendo a prorrogação da circunstância de o recluso se mostrar *ainda perigoso e até que deva reputar-se inofensivo!*

Não sendo exemplar do ponto de vista lógico que a pena seja prorrogada para tornar o regime penitenciário comum adequado aos delinquentes imputáveis afectados de anomalia mental, aquela norma só se compreende se fizermos apelo a uma ideia de perigosidade criminal, pois findo o cumprimento da pena, o perigo de prejuízos para o próprio preso e para os outros reclusos já não subsiste. E que, afinal, não é só «um perigo de prejuízos de carácter penitenciário» aquele que determina o internamento numa prisão-asilo é, de resto, corroborado pelo art. 123.º, § único, ao prescrever que a sentença condenatória deverá declarar, quando tenha elementos para tal, se o preso, em virtude da sua anomalia, deve ou não considerar-se perigoso.

O internamento em prisão-asilo dos delinquentes penalmente imputáveis portadores de anomalia mental — categoria que abrange os delinquentes de imputabilidade diminuída<sup>(30)</sup> —, muito embora encontre parte da sua razão de ser na resolução de um problema penitenciário — nela são internados aqueles para quem o regime comum esteja contra-indicado — está, na RP de 1936, umbilicalmente ligado à questão da perigosidade criminal deste tipo de delinquentes, o que se torna evidente com a possibilidade de prorrogação da pena<sup>(31)</sup>. Do mesmo modo, também se compreende que o que justifica a introdução da categoria dos «presos indisciplinados» (art. 111.º) no grupo dos delinquentes de difícil correcção, o que os sujeita ao regime da prorrogação da pena, é, afinal, uma ideia de perigosidade criminal, o que vai, contudo, contra o afirmado no Relatório da RP de 1936: os indisciplinados são os rebeldes ao regime prisional comum e que precisam, por isso, de ser separados dos outros presos que muitas vezes indisciplinam, perturbando a ordem interna da prisão<sup>(32)</sup>. São, no fundo, aqueles delinquentes que revelam a sua perigosidade através da indisciplina que demonstram em relação ao tratamento prisional a que se encontram sujeitos, como con-

<sup>(30)</sup> Assim, expressamente, BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 70.º, p. 83, nota 3.

<sup>(31)</sup> No mesmo sentido do texto, MARC ANCEL, *Les Mesures de Sureté en Matière Criminelle*, p. 204. Contudo, o Autor vê os arts. 121.º e 131.º como normas legais diferentes: uma permite o internamento num estabelecimento especial; a outra a prorrogação da pena se os reclusos forem perigosos, do ponto de vista da ordem e segurança pública, depois de cumprirem aquela e ainda que estejam internados num estabelecimento comum.

<sup>(32)</sup> Cfr. J. R. PINTO/A. FERREIRA, *Organização Prisional*, p. 19.

clui Beleza dos Santos, assim sugerindo o carácter criminal da perigosidade em causa <sup>(33)</sup>.

É aliás este Autor <sup>(34)</sup>, ao mesmo tempo que afirma o mero «perigo de prejuízos de carácter penitenciário», quem acaba por conceder que a perigosidade em causa é, afinal, a perigosidade criminal. Beleza dos Santos considera que a prorrogação da pena dos delinquentes penalmente imputáveis portadores de anomalia mental, comparada com o internamento dos inimputáveis perigosos no manicómio criminal até que eles estejam curados ou sejam inofensivos, pode fazer cair o sistema numa incoerência manifesta de princípios e numa defesa social imperfeita contra elementos, por vezes gravemente perigosos, uma vez que os primeiros só estão sujeitos àquela prorrogação se o regime prisional comum os prejudicar ou se eles prejudicarem os outros reclusos. Se esta circunstância não se verificar, tais delinquentes não são internados numa prisão-asilo e, ainda que sejam particularmente perigosos, ainda que constituam uma grave ameaça para a ordem e segurança das outras pessoas, são postos em liberdade finda a pena — pena eventualmente atenuada por força da anomalia mental —, a não ser que o anormal integre alguma categoria de criminosos que admite a prorrogação da pena — *v. g.*, a categoria dos delinquentes de difícil correcção. No entanto, e continuamos a seguir o mesmo Autor, tal disparidade de regimes não é assim tão evidente, porque: quando um doente ou anormal psíquico é perigoso no sentido criminal, quando a sua doença ou anomalia o predispõe para a prática de crimes, também se deve concluir que ele pode ser prejudicial para os reclusos submetidos ao regime comum <sup>(35)</sup>; o internamento dos anormais ou doentes psíquicos penalmente imputáveis é prescrito para um número de casos que, em regra, compreende o de esses anormais serem criminalmente perigosos; dificilmente se poderão distinguir os anormais ou doentes psíquicos, em geral, dos que são especialmente perigosos sob o ponto de vista criminal.

A RPenal de 1954, contida no Decreto-Lei n.º 39 688, de 5 de Junho, assume, claramente, a natureza criminal da perigosidade dos delinquentes internados em prisão-asilo, o que resulta expressamente da letra do que vem a ser o art. 68.º do CP: os delinquentes imputáveis, *criminalmente perigosos em razão de anomalia mental*, (...) poderão ser internados em prisão-asilo, e a pena de pri-

<sup>(33)</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Direito Criminal*, p. 9. No sentido de a figura dos presos indisciplinados ter natureza penal e não meramente penitenciária, CAVALEIRO DE FERREIRA, *O Direito*, p. 165 ss.

<sup>(34)</sup> Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 73.º, p. 338 ss.

<sup>(35)</sup> Assim também, VITOR FAVEIRO, *Prevenção Criminal. Medidas de Segurança*, p. 149, em nota.

são ou prisão maior em que tenham sido condenados poderá ser prorrogada por períodos sucessivos de três anos, *até cessação do estado de perigosidade criminal resultante da anomalia mental*. No mesmo sentido segue-se posteriormente a RPenal de 1972 (Decreto-Lei n.º 148/72, de 31 de Maio), cuja redacção do art. 68.º — subsistente até à entrada em vigor do CP de 1982 — se distingue apenas por restringir a prorrogação a dois períodos sucessivos de três anos.

Conclua-se ainda que, por um lado, a perigosidade criminal, justificativa do internamento em prisão-asilo é pós-delitual, enquanto se liga à prática de um facto ilícito-típico, enquanto este é sintoma da perigosidade decorrente da anomalia psíquica contemporânea da prática da infracção — *v. g.*, os casos de imputabilidade diminuída; por outro lado, a perigosidade criminal é pré-delitual, na medida em que, muito embora a anomalia mental seja contemporânea da prática do crime, este não é sintoma daquela perigosidade, podendo falar-se aqui, com legitimidade, não propriamente em perigosidade *ante delictum*, mas sim *praeter delictum* <sup>(36)</sup>. Conclusão esta que não é devidamente atendida na discussão doutrinal sobre a natureza jurídica da prorrogação, sendo no entanto um argumento decisivo para a caracterização da prorrogação como uma verdadeira medida de segurança.

#### 2.1.1. A natureza jurídica da prorrogação da pena

Questão então levantada na doutrina foi a de saber qual a natureza jurídica da prorrogação da pena, ou seja, tratava-se de saber se ela ainda era cumprimento de pena ou se já era execução de uma medida de segurança, dúvida pertinente à luz da natureza criminal da perigosidade que a justificava <sup>(37)</sup>.

Para Eduardo Correia e Cavaleiro de Ferreira <sup>(38)</sup>, a prorrogação tinha a natureza jurídica de pena, uma pena de segurança, na modalidade de «pena curativa» <sup>(39)</sup>, na denominação do último autor.

<sup>(36)</sup> Sobre estas noções *v. infra*, p. 110 s. Atente-se ainda que também se trata de perigosidade *praeter delictum* quando a anomalia psíquica é posterior à prática do crime, situação que também pode levar ao internamento em prisão-asilo (*v. infra*, p. 62).

<sup>(37)</sup> Saliente-se que a questão colocava-se, de igual modo, relativamente aos delinquentes de difícil correcção — delinquentes habituais e por tendência e presos indisciplinados (art. 108.º da RP de 1936) —, também sujeitos ao regime da prorrogação da pena (art. 117.º da RP de 1936).

<sup>(38)</sup> EDUARDO CORREIA, *RDES*, p. 34 ss.; CAVALEIRO DE FERREIRA, *A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção*, p. 52 e 58.

<sup>(39)</sup> A pena podia ser ainda «eliminativa» para os delinquentes de difícil correcção e «educativa» para os menores com mais de dezasseis anos, CAVALEIRO DE FERREIRA, *A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção*, p. 52 s.

Para o primeiro, e de acordo com a doutrina da culpa pela não formação da personalidade, «sempre que houver um modo de ser do agente que seja perigoso, poderá falar-se de uma omissão do dever de corrigir a sua personalidade (dever que varia na razão directa daquele estado de perigo), e com fundamento nela poderá aplicar-se ao agente uma pena sem invocar a necessidade de prevenção especial, uma pena que deverá ir até ao ponto de se restabelecer e reparar o que se omitiu, quer dizer, até à readaptação do criminoso à vida social» (40). No pensamento de Eduardo Correia, a prorrogação da pena vem, assim, a corresponder ao segundo momento da retribuição. Ou seja, quando o delinquente cumpre a pena pré-determinada esta refere-se ao facto, enquanto que na prorrogação o que está em causa é a pena referida à perigosidade do delinquente, na medida em que a personalidade deste é susceptível de ser censurada. Bipartição esta que está claramente presente no art. 2.º do *Projecto* de 63, quando se diz que «a medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade criminalmente perigosa» (41).

Para Cavaleiro de Ferreira, a figura da pena de segurança reflecte a incindibilidade da personalidade considerada nos aspectos repressivo e preventivo, não havendo, pois, «um *prius* exclusivo da culpabilidade, e um *post* exclusivo da perigosidade», ao mesmo tempo que mostra que «a personalidade do delinquente, quando imputável, é de apreciar como provável factor de futura delinquência e como resultado de um processo de formação imputável à culpa» (42).

Beleza dos Santos, muito embora reconheça vantagens à ideia de culpa na direcção da vida ou na formação da própria personalidade — como o próprio Autor afirma «a culpa na modelação da personalidade serve aqui pragmaticamente, como elemento para fazer aceitar melhor ao delinquente a prorrogação da pena, e para dar o máximo de eficácia à ameaça dela, suscitando reacções benéficas no recluso» —, caracteriza a prorrogação da pena como uma verdadeira medida de segurança (43). E isto, porque aquela ideia não influi na caracterização jurídica

(40) Cfr. EDUARDO CORREIA, *RDES*, p. 34.

(41) Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1949, p. 82. No entanto, v. *infra* nota 55. V., sobre isto, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 90, nota 64, e 109.

(42) CAVALEIRO DE FERREIRA, *A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção*, p. 57 e 180.

(43) Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Prefácio* à obra de ROBERTO PINTO/ALBERTO FERREIRA, p. IX, *Nova Organização Prisional Portuguesa*, p. 20 e 23, e *RLJ*, ano 73.º, p. 340. Aqui, de forma expressa, o Autor denomina «medida de segurança» a prorrogação da pena dos imputáveis afectados de anomalia mental. Consideram a prorrogação da pena uma medida de segurança, P. CANNAT, *Les Grands Systèmes Pénitentiaires Actuels*, p. 294, MARC ANCEL,

da prorrogação, que é apenas condicionada e medida pela perigosidade do delinquente. Logo, quanto à substância e efeitos jurídicos, só deve ser considerada uma medida de segurança. Ou seja, nas palavras do Autor «a culpa na direcção da vida ou modelação da personalidade não condiciona, nem mede juridicamente a prorrogação da pena; é apenas de invocar praticamente, como um meio útil de actuação penitenciária» (44).

À posição de Beleza dos Santos, enquanto caracteriza a prorrogação da pena como medida de segurança, não é indiferente o sistema de reacções criminais que pressupõe. Sistema por este Autor defendido e denominado de «monismo prático» e que vem a caracterizar-se por, depois de cumprida a pena, a medida de segurança ser executada no mesmo estabelecimento, o que vale por dizer que a pena é prorrogada até o delinquente se reputar inofensivo (45).

#### 2.1.2. A natureza jurídica da prorrogação da pena no contexto do monismo e dualismo das reacções criminais

A questão da natureza jurídica da prorrogação da pena, prevista na RP de 1936 para os delinquentes imputáveis afectados de anomalia mental, inscreve-se, mais amplamente, na exigência político-criminal de reacção contra a especial perigosidade criminal de certos delinquentes. Ou seja, a prorrogação da pena vem a contender com a questão do monismo ou dualismo das reacções criminais (46) (47).

Atendendo aos antecedentes históricos da figura da prorrogação da pena, concluímos que, em Portugal, principalmente por influência da escola correcionalista, começou a defender-se, à volta de 1860, o prolongamento do inter-

*Les Mesures de Sureté en Matière Criminelle*, p. 196, e FIGUEIREDO DIAS, sep. *BFD*, XLVIII, p. 9. Sobre as dúvidas que uma e outra caracterização levantam, v. VITOR FAVEIRO, *Prevenção Criminal. Medidas de Segurança*, p. 154.

(44) Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Nova Organização Prisional Portuguesa* p. 22 s., especialmente nota 1 desta página.

(45) Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Prefácio*, à obra de ROBERTO PINTO/ALBERTO FERREIRA, p. IX. Esta defesa do cumprimento da medida de segurança no mesmo estabelecimento é também feita por H. Welzel (*Derecho Penal*, p. 242) para os casos em que há analogia de execução e com fundamento nos malefícios que poderiam decorrer para a ressocialização do delinquente.

(46) Cfr. H.-H. JESCHECK, *Estudos «In Memoriam» do Prof. Beleza dos Santos*, p. 26.

(47) Aqui falamos em dualismo, em sentido amplo, enquanto sistema que prevê a aplicação de penas e de medidas de segurança, uma vez que a questão também abrange a perigosidade pré-delitual. Cfr. *infra*, p. 118, sobre a outra acepção do termo.

namento prisional, a detenção suplementar, caso a pena pré-fixada e cumprida não tivesse melhorado o condenado <sup>(48)</sup>; solução reveladora de uma preocupação de índole preventivo-especial, ao apontar para uma ideia de melhoramento do condenado, e a sugerir, ao mesmo tempo, a potencial insuficiência da pena inicialmente determinada. Esta insuficiência, também posta a nu pela escola positiva, alerta para a necessidade daquela sanção ser complementada por medidas de segurança — se é que não mesmo substituída por elas, numa posição mais extrema —, necessidade que a legislação penal portuguesa reconhece a partir da Lei de 21 de Abril de 1892, diploma ao qual reportamos as nossas primeiras raízes legais de natureza dualista.

A RP de 1936 — surgida seis anos depois do CP italiano de Rocco, uma das primeiras homenagens ao sistema dualista de reacções criminais <sup>(49)</sup> —, ao mesmo tempo que parte da insuficiência da pena <sup>(50)</sup>, aceitando, portanto, a outra reacção criminal que é a medida de segurança, demonstra com uma particular evidência a intenção de afastar os inconvenientes que um sistema dualista acarreta. Inconvenientes que Beleza dos Santos sintetiza da seguinte forma: a transferência do recluso que sofreu a pena para outro estabelecimento pode praticamente inutilizar, pelo menos em parte, todo o trabalho de observação e influência para o melhoramento do preso; à falta de continuidade da obra de actuação moral, pode acrescer ainda a de uma paralela falta de continuidade na aprendizagem ou aperfeiçoamento no trabalho; a passagem de um estabelecimento penal de tipo essencialmente repressivo, para outro de fins meramente preventivos — de cura, de educação, de segurança — poderá praticamente dar lugar a uma situação inversa daquela que se pretendeu, podendo o segundo estabelecimento ser, de facto, mais rigoroso, mais repressivo, do que o primeiro <sup>(51)</sup>.

É esta intenção de afastar os inconvenientes de um sistema dualista que leva ao sistema do «monismo prático», já mencionado, sistema que acaba apenas por

<sup>(48)</sup> Em sentido contrário, defendia-se também a liberdade preparatória, ou seja, já que a pena de prisão tem como fim, ou pelo menos como um dos fins essenciais, o melhoramento moral do condenado, então ele deveria ser posto em liberdade, a título de experiência, se se mostrasse corrigido antes da pena ter expirado. A detenção suplementar e a liberdade preparatória chegaram a ter expressão no Projecto de CP de 1861. Sobre estas repercussões da escola correcionalista, v. BELEZA DOS SANTOS, *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal*, p. 18 s.

<sup>(49)</sup> Cfr. *infra*, p. 128 s.

<sup>(50)</sup> Beleza dos Santos (*RLJ*, ano 70.º, p. 83, nota 3) aponta esta insuficiência, precisamente em relação aos delinquentes de imputabilidade diminuída.

<sup>(51)</sup> Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Nova Organização Prisional Portuguesa*, p. 20 s.

não permitir uma diferenciação prática entre a pena e a medida de segurança, entre a repressão e a pura prevenção, tal como acontece na solução dualista pura. No entanto, a distinção conceitual mantém-se, porque para todos os efeitos jurídicos, o prolongamento da pena, determinado pela perigosidade do delincente e apenas subsistente enquanto ela se mantiver, deixa de ser uma pena e será uma medida de segurança <sup>(52)</sup> — solução propugnada também por v. Liszt, ao aceitar um prolongamento da pena quando ele fosse necessário, em vista da especial perigosidade do delincente, ao qual chama precisamente medida de segurança <sup>(53)</sup>.

Também Eduardo Correia aponta desvantagens ao sistema dualista — as decorrentes de uma execução da pena ao lado da medida de segurança, ao que acresce a conclusão no sentido de a limitação da liberdade e a função intimidativa andarem ligadas à medida de segurança, o que a aproxima da pena <sup>(54)</sup> — e aplaude a sua não adopção pela RP de 1936. Só que, diferentemente de Beleza dos Santos, para aquele Autor nem sequer se põe a questão do dualismo, na medida em que a pena é um instrumento idóneo para fazer face às exigências preventivas que se façam sentir, desde que se apele à ideia da culpa pela não formação conveniente da personalidade, ideia que permite a construção daquilo que Eduardo Correia denomina «sistema monista ético-retributivo»: um sistema que tem na sua mão possibilidades de reagir contra todos os criminosos, de maneira a nada ficar para a actuação de uma pura defesa social contra um naturalístico modo de ser perigoso do delincente, o que quer significar, neste contexto, a desnecessidade de medidas de segurança <sup>(55)</sup>.

O sistema gizado na RP de 1936, denomine-se ele «sistema de monismo prático» ou «sistema monista ético-retributivo», foi abandonado na Reforma Penal

<sup>(52)</sup> Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Nova Organização Prisional Portuguesa*, p. 21.

<sup>(53)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 53.

<sup>(54)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *RDES*, p. 35.

<sup>(55)</sup> EDUARDO CORREIA, *RDES*, p. 34. Contudo, posteriormente, este mesmo Autor (*Direito Criminal*, I, p. 73 s.) reconhece espaço para uma reacção criminal, já não justificável à luz de razões de justiça ou de retribuição ética — e, por conseguinte, esta reacção não pode ser uma pena —, mas por exigências de prevenção e de defesa da sociedade. Afirma-o relativamente aos delinquentes habituais e por tendência, cuja pena concreta, encontrada dentro de uma moldura agravada (cfr. art. 93.º do CP de 1886 — agravamento extraordinário das penas quanto aos delinquentes habituais e por tendência) é já determinada pela culpa referida à personalidade, pelo que, findo o cumprimento desta, o delincente já tinha expiado toda a sua culpa. Argumentação equivalente é utilizada por Vitor Faveiro (*Prevenção Criminal. Medidas de Segurança*, p. 154) para afastar a caracterização da prorrogação da pena como pena.

de 1972, relativamente aos imputáveis portadores de anomalia psíquica, na medida em que os arts. 68.º, parte final do corpo do artigo, e 72.º, n.º 2, vêm permitir o internamento em manicómio criminal destes delinquentes se, após as prorrogações de pena permitidas (duas por períodos sucessivos de três anos — art. 68.º), a perigosidade do recluso se mantiver. Esta solução claramente dualista, não seguida para os delinquentes de difícil correcção (cfr. art. 67.º), tem a sua explicação na circunstância de o art. 8.º, n.º 11, da Constituição Política Portuguesa de 1933, por força da lei de alteração n.º 3/71, de 16 de Agosto, não permitir penas ou medidas de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo, com duração ilimitada ou estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis, ressalvadas as medidas de segurança que se fundassem em anomalia psíquica e que tivessem fim terapêutico <sup>(56)</sup>.

## 2.2. A questão no contexto das disposições do CP de 1982

O art. 103.º do CP, enquanto não permite um internamento superior à duração da pena, vem a significar, consequentemente, por um lado, a irrelevância penal da perigosidade criminal pré-delitual — e só desta se trataria na hipótese de o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis ocorrer, em virtude de uma anomalia psíquica sem qualquer ligação com o crime cometido; e, por outro lado, o tratamento da questão da imputabilidade diminuída, nos quadros de um sistema monista — ao arripio do direito anterior e da generalidade dos ordenamentos jurídicos —, já que à eventual perigosidade criminal destes delinquentes não corresponde a aplicação de uma medida de segurança.

<sup>(56)</sup> Maia Gonçalves (*Código Penal Português*, anotação ao art. 67.º) retira da nova redacção do art. 67.º (*Delinquentes perigosos. Prorrogação da pena, segundo a epígrafe*), a natureza de verdadeira pena da prorrogação, uma vez que se fixou uma limitação temporal, o que, consequentemente, leva à conclusão no sentido de o nosso sistema ser monista. Se cotejarmos esta argumentação com o art. 8.º, n.º 11, da Constituição Política de 1933, concluímos que ele quebra a regra tradicional da indeterminação temporal das medidas de segurança e, portanto, não procede, por aqui, a conclusão, devendo ainda salientar-se que, de qualquer forma, o carácter monista do sistema estaria sempre prejudicado, em face da solução consagrada para os imputáveis criminalmente perigosos em função da anomalia psíquica. Contudo, saliente-se que a limitação das prorrogações, prevista no art. 68.º, parece pressupor a limitação de uma pena, não porque é característica exclusiva desta a determinação temporal, mas sim porque a considerá-la medida de segurança não seria necessário, em face do novo texto constitucional, parte final, estabelecer tal limitação. No mesmo sentido do Autor citado, v. o Acórdão da Relação do Porto, de 13 de Dezembro de 1972, *BMJ*, 222, p. 477.

Em suma, o art. 103.º, ao não encontrar eco numa ideia de perigosidade criminal, surge, verdadeiramente, para fazer face a um *perigo de prejuízos de carácter penitenciário*, se quisermos retomar aqui as palavras de Beleza dos Santos.

### 2.2.1. Imputabilidade diminuída — solução monista do direito português

O problema da imputabilidade diminuída <sup>(57)</sup> poderia, neste contexto, ser por nós abordado a partir de um subtítulo particularmente sugestivo — «O problema da imputabilidade diminuída põe a nu uma aparentemente irreduzível antinomia do direito criminal» —, o mesmo de que um dia se socorreu Eduardo Correia <sup>(58)</sup>.

E a antinomia resulta, seguindo-se este Autor, precisamente da circunstância de naqueles casos onde as exigências preventivas se fazem sentir mais intensamente, indicando uma punição mais forte, a consideração de pontos de vista ético-retributivos conduzem a uma atenuação da pena. Esta será, por exemplo, a situação do delinquente com uma psicopatia que o arrasta para o crime, um delinquente criminalmente mais perigoso — em relação ao qual se fazem sentir, de uma forma particular, as exigências de prevenção especial —, mas que, contudo, é punido com uma pena mais leve, pois em relação a ele as exigências retributivas são menores <sup>(59)</sup>.

E por que é assim, a maioria dos ordenamentos jurídicos faz face ao problema da imputabilidade diminuída através de um sistema dualista de reacções criminais: ao delinquente, pelo crime praticado, é aplicada a pena correspondente à culpa e uma medida de segurança para fazer face à perigosidade criminal.

Na Alemanha, o § 21.º do CP estipula a possibilidade de a pena ser atenuada <sup>(60)</sup>, podendo cumulativamente ser aplicada uma medida de segurança de internamento num estabelecimento psiquiátrico, nos termos do § 63.º, se de uma apreciação global do delinquente e do facto por ele praticado for de esperar, atendendo ao seu estado, que venha a praticar factos ilícitos e dessa forma ser peri-

<sup>(57)</sup> Relativamente à questão da perigosidade pré-delitual cfr. *infra*, p. 110 ss.

<sup>(58)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1949, p. 305.

<sup>(59)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1949, p. 306.

<sup>(60)</sup> Na doutrina alemã, questão discutida tem sido a da atenuação obrigatória ou não da pena nos casos de imputabilidade diminuída. A discussão, resultante do texto do § 21.º, onde a atenuação é facultativa — diferentemente do *AE*, onde o § 22.º prescrevia a atenuação obrigatória — gira em torno do princípio da culpa que implicaria uma atenuação obrigatória, segundo parte da doutrina. Sobre a discussão, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1985, § 21.º, Nm. 14 ss.

goso para a comunidade; o CP espanhol, segundo o art. 9.º, 1.ª, considera a imputabilidade diminuída como uma circunstância que atenua a responsabilidade criminal e no parágrafo 2.º permite que o tribunal aplique, para além da pena correspondente, as medidas previstas no art. 8.º — as que se aplicam a inimputáveis —, nomeadamente o internamento em estabelecimento adequado; o CP italiano, nos termos do art. 89.º, prevê que a pena seja atenuada, mas é aplicada ao agente uma medida de internamento numa casa de cura e de segurança (art. 219.º) depois da pena estar expiada ou extinta de outra forma, pelo tempo necessário à cessação das razões que o determinaram (art. 220.º); finalmente, o direito penal suíço possibilita a atenuação da pena, nos termos do art. 66.º do CP, e o internamento num hospital ou num hospício se o estado mental do condenado exigir tratamento médico e cuidados especiais, com o efeito de eliminar ou atenuar o perigo de o condenado cometer outros actos ilícitos — arts. 11.º e 43.º do CP.

No direito português, ao delinquente a quem é aplicada uma pena não se aplica, cumulativamente, uma medida de segurança, o que não pode ser visto, obviamente, como uma postergação, pura e simples, das particulares exigências preventivas que a estes casos andam habitualmente ligadas e que, historicamente, justificaram o aparecimento dos sistemas dualistas.

E tais exigências não são postergadas se considerarmos o pensamento de Eduardo Correia, inegavelmente subjacente a esta opção do nosso direito. Por apelo a ele, vemos que a mencionada antinomia entre as exigências preventivas e retributivas é superada através da teoria da culpa pela não formação ou preparação da personalidade; teoria contida ainda nos quadros de uma culpa ético-juridicamente fundada, segundo o Autor, com o mérito de arredar a criticável concepção da culpa pluri-dimensional de Mezger <sup>(61)</sup> — teoria que distingue as dimensões ética e social da culpa — e uma solução que integre a pena, aplicada em função da culpa, com medidas de segurança que constituam uma resposta à perigosidade do delinquente.

Supera-se a «aparentemente irredutível antinomia do direito criminal», porque se faz apelo a uma culpa referida à personalidade do delinquente, a uma culpa que se traduz na omissão permanente, por parte do criminoso, do cumprimento do dever de orientar a formação ou preparação da personalidade de

<sup>(61)</sup> Segundo Mezger, nos casos de imputabilidade diminuída dever-se-ia partir do juízo de censura do facto como fundamento da culpa — dimensão ética — e considerar como medida da culpa e, consequentemente medida da pena, a maior ou menor adequação do facto à personalidade do agente, ou seja, a sua maior ou menor perigosidade — dimensão social. Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1949, p. 307 s.

modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais. Culpa que no caso dos delinquentes de imputabilidade diminuída significa, concretamente, uma culpa do agente por não ter *tratado* o seu modo de ser de maneira a modelá-lo de harmonia com o tipo de personalidade que os valores jurídico-criminais de um certo sistema pressupõem. E assim, nestes casos em que é maior a tendência do agente para o crime e, portanto, menor a sua culpa referida ao facto, maior é a culpa pela não formação da personalidade, porque mais censurável é a omissão do dever de a tratar — *Du sollst um so mehr, je weniger Du kannst* (Bockelmann) <sup>(62)</sup> — e, consequentemente, maior é a punição deste delinquente <sup>(63)</sup>. Quer isto dizer, que a pena que lhe é aplicada, por comparação com a do delinquente comum, não tem que ser necessariamente atenuada, podendo mesmo ser agravada, com o que são satisfeitas as exigências de prevenção especial, muito embora sem a elas ser feito apelo directo <sup>(64)</sup>.

Mas já a pena não é instrumento idóneo para fazer face a estas exigências, revelando-se insuficiente, naqueles casos em que a perigosidade do delinquente não pode ser imputada à não formação ou preparação da personalidade, ou seja, aqueles casos em que «o delinquente consiga demonstrar que, a despeito de todos os esforços que efectivamente fez — na medida em que tal lhe era exigível — para

<sup>(62)</sup> «Tu deves tanto mais quanto menos podes», frase citada por EDUARDO CORREIA, *RDES*, p. 34.

<sup>(63)</sup> V. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 358 s., e *Relatório do Projecto da Parte Geral do Código Penal*, p. 43.

<sup>(64)</sup> Esta consequência da não atenuação e até da agravação da pena em alguns casos de imputabilidade diminuída também decorre da ideia em como o agente deve responder pela personalidade que fundamenta o facto ilícito típico, defendida por Figueiredo Dias (*Liberdade-Culpa-Direito Penal*, especialmente p. 199 s.). E tal sucederá sempre que as qualidades pessoais do agente que fundamentam o facto se revelem particularmente desvaliosas e censuráveis. Não, portanto, como resulta da doutrina de Eduardo Correia (cfr., especialmente, *Direito Criminal*, I, p. 361), quando o delinquente for considerado *perigoso*, o que é alvo das críticas do primeiro Autor (*ob. cit.*, p. 199 e 213 ss.) por a perigosidade, como tal, ser uma característica meramente «natural», sem relevo ético, e por isso não caber em um juízo ético-jurídico de culpa.

No sentido da posição de Figueiredo Dias, cfr. Acórdão da Relação de Évora, de 26 de Junho de 1984, *CJ*, IX, V, p. 360 ss.: «A existência de uma psicopatia, criadora de uma situação de imputabilidade diminuída, pode, em determinadas circunstâncias, determinar a aplicabilidade de uma sanção penal mais gravosa, especialmente quando o acto ilícito do psicopata se traduza em manifestação de brutalidade ou crueldade ou perversão moral e implique a formulação de um mais grave juízo de censura ética sobre o comportamento do agente».

se sobrepor a uma tendência e conservar a sua liberdade de avaliação e decisão perante ela, não pôde dominá-la e foi por ela irresistivelmente conduzido ao crime»<sup>(65)</sup>. Quer dizer: quando por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, o delinquente tem a capacidade para avaliar a ilicitude do facto ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída, deve ser considerado inimputável (art. 20.º, n.º 2) e desta forma, através da aplicação de uma medida de segurança, serem satisfeitas as exigências preventivas, ao mesmo tempo que se constrói um sistema monista de reacções criminais — ao imputável é aplicada uma pena; ao inimputável é aplicada uma medida de segurança. Com o que se realiza, nas palavras de Eduardo Correia, dentro de certos pressupostos teóricos, um sistema de vicariato: o juiz ou considera o agente imputável e remete-o para o domínio das penas; ou inimputável e aplica-lhe uma medida de segurança<sup>(66)</sup>. E desta se pode falar de imediato, muito embora a regra seja a da sua aplicação apenas quando o delinquente é criminalmente perigoso, porque, à partida, existe um estado de perigosidade quando se trata de um indivíduo de imputabilidade diminuída que não domina os efeitos da anomalia psíquica.

O juiz remete o delinquente para o domínio das penas, quando a anomalia psíquica não é uma tal que impeça o agente de dominar os seus efeitos — ele não é perigoso — ou quando concluir que esta reacção ainda responde às exigências preventivas decorrentes da perigosidade do delinquente: o delinquente, embora não domine os efeitos da anomalia psíquica, pode fazê-lo, o que garante a satisfação das particulares exigências de prevenção especial que se façam sentir no caso. Foi, aliás, o não o ter feito que o constituiu em culpa pela não formação da personalidade, «como o apelo na execução das penas ao seu sentimento de responsabilidade e liberdade exige admitir que sempre pode»<sup>(67)</sup>.

Para o domínio das medidas de segurança é remetido o delinquente, cujos efeitos da anomalia psíquica não domina, nem pode dominar — ele é *inimputável pela personalidade*. Assim, porque o apelo ao seu sentimento de responsabilidade e liberdade, através da execução da pena, seria sempre infrutífero, com a consequência de não serem satisfeitas as exigências preventivo-especiais, melhor

<sup>(65)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 359.

<sup>(66)</sup> Cfr. palavras de EDUARDO CORREIA, *Actas, BMJ*, 143, p. 28 s. No sentido de ao delinquente de imputabilidade diminuída poder ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança, em face do disposto no art. 20.º, n.º 2, do CP, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, II, p. 38.

<sup>(67)</sup> EDUARDO CORREIA, *RDES*, p. 30.

é aplicar uma reacção criminal que as realize — a medida de segurança —, muito embora ainda tivesse sentido aplicar a este delinquente uma pena, pois ele é imputável em relação ao facto. E assim se compreende que o § 3.º do art. 123.º do *Projecto* de 63, disposição sem correspondência no CP de 1982, prescrevesse que «a perigosidade criminal presume-se relativamente àqueles que forem declarados inimputáveis, nos termos do art. 18.º (casos de imputabilidade diminuída), enquanto o internamento não atingir o mínimo da pena correspondente ao tipo legal de crime que realizaram, sem que o prazo dessa presunção possa, todavia exceder cinco anos». O delinquente é inimputável pela personalidade mas imputável ainda pelo facto, o que impõe que, pelo menos, ele cumpra um internamento correspondente ao mínimo da moldura penal do facto<sup>(68)</sup>.

Em síntese, e nas palavras de Eduardo Correia, o art. 20.º, n.º 2, facilita a «realização de um pensamento de alternatividade, ou seja, de uma aplicação de sanções em função da *inim-* ou *imputabilidade*, em que não deixará de intervir a ideia do efeito que elas podem ter sobre o agente de um facto criminoso»<sup>(69)</sup>.

<sup>(68)</sup> Cfr. *Actas, BMJ*, 152, p. 14 s.

<sup>(69)</sup> EDUARDO CORREIA, *sep. BFD*, p. 34.

## CAPÍTULO II

### A CAPACIDADE DE COMPREENSÃO DA PENA

#### 1. A INCAPACIDADE DE COMPREENSÃO DA PENA COMO CRITÉRIO EXPLICATIVO DOS ARTS. 104.º E 105.º DO CP

Diferentemente do art. 103.º, já os arts. 104.º e 105.º do CP pressupõem que a anomalia psíquica seja posterior à prática da infracção e deles se infere que abarcam quer a anomalia surgida antes da sentença condenatória, quer a anomalia surgida depois desta e, portanto, já na fase da execução da pena. Não se trata, pois, de uma hipótese de conhecimento superveniente da anomalia psíquica contemporânea da prática do crime, hipótese que integrará, depois do trânsito em julgado da sentença, uma causa justificativa de interposição de um recurso de revisão — art. 449.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP.

O art. 104.º, n.º 1, destaca duas hipóteses que podem levar ao internamento num estabelecimento destinado a inimputáveis:

*a)* Em virtude da anomalia psíquica sobrevinda, o regime dos estabelecimentos comuns é prejudicial ao recluso, ou ele perturba seriamente esse regime — hipótese em que a anomalia tem os efeitos previstos no art. 103.º;

*b)* A anomalia psíquica sobrevinda ao imputável cria o fundado receio que o delinquente venha a cometer outros factos típicos graves — hipótese em que a anomalia tem os efeitos previstos no art. 91.º

O art. 105.º — «anomalia psíquica posterior sem perigosidade», segundo a epígrafe —, embora colocado num capítulo denominado «do internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica», comporta a suspensão da execução da pena se a anomalia psíquica sobrevinda não tornar o portador criminalmente perigoso nos termos do art. 91.º

Se se pensar que não tem qualquer sentido suspender-se a execução da pena, sempre que o delinquente não seja criminalmente perigoso nos termos do art. 91.º,

nem o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis encontre justificação à luz dos pressupostos do art. 103.º, temos que concordar que, aparentemente, o disposto no art. 105.º colide com o preceituado no art. 104.º, n.º 1, na parte em que esta disposição remete para o artigo que o antecede. E não tem qualquer sentido, porque estar-se-ia, assim, a admitir a suspensão da execução da pena em todos os casos em que a anomalia psíquica sobrevinda não tornasse o portador criminalmente perigoso, nem acarretasse para o recluso «prejuízos de carácter penitenciário»; entendimento que vai contra a regra de que, seguramente, parte o legislador: a regra da permanência do delinquente no estabelecimento comum. Acresce ainda que, sendo necessário o consentimento do recluso para ser levado a cabo o internamento nos termos do art. 103.º (70), facilmente cairíamos na hipótese residual que o art. 105.º então conteria.

A sobreposição de normas é efectivamente aparente se apelarmos para uma ideia de *incapacidade de compreensão da pena*, se o aplicador da lei tiver que averiguar, desde logo, se em causa está ou não uma anomalia psíquica com o efeito de privar o delinquente de apreender o sentido da pena que lhe foi aplicada (71). E assim:

a) Se a resposta for negativa, se o delinquente for capaz de compreender a pena, o internamento em estabelecimentos de inimputáveis só se efectuará se a

(70) Cfr. *supra*, p. 18.

(71) No sentido do texto encontramos uma decisão do Tribunal de Execução das Penas de Lisboa, de 19 de Novembro de 1986 (processo de querela n.º 244/84, do 1.º Juízo, 3.ª secção, do Tribunal Judicial da Figueira da Foz). Aquele tribunal, fundamentando-se na conclusão da perícia médica efectuada para o efeito — «o recluso é portador de uma psicose delirante que o torna insusceptível de ter consciência dos actos praticados e sem capacidade para compreender o alcance de uma condenação» — concluiu no sentido de a anomalia psíquica afectar profundamente o recluso, de modo a torná-lo *inimputável*, incapaz de compreender o alcance da condenação e de sentir os efeitos da pena de prisão em que estava condenado. Declarado *inimputável* por anomalia psíquica sobrevinda depois da prática do crime, o tribunal suspendeu a execução da pena, nos termos do art. 105.º, n.ºs 1 e 2, do CP, já que a anomalia não o tornou criminalmente perigoso.

Uma decisão destas merece referência, não só por ter sido a única que encontramos a dar aplicação aos artigos do CP que merecem a nossa atenção, mas também por seguir o critério por nós apontado de compatibilização dos arts. 104.º e 105.º, salientando, devidamente, a capacidade de compreensão da pena e a sensibilidade aos efeitos desta. A referência já não se justifica se atentarmos na conclusão no sentido da *inimputabilidade* do recluso, pois este juízo sobre os efeitos da anomalia psíquica reporta-se somente ao momento da prática do crime. Cfr., no entanto, no sentido da decisão, o que se diz, de seguida, em texto, *infra*, p. 39 ss., e MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, anotação ao art. 104.º

anomalia psíquica tiver os efeitos do art. 103.º; disposição pensada para os casos de anomalia contemporânea da prática da infracção que não exclui a imputabilidade penal do portador, o que também significa que o agente, não obstante a anomalia psíquica, ainda compreende a pena (72);

b) Se a resposta for positiva, se o delinquente for portador de uma anomalia psíquica que o impede de apreender o sentido da pena, então, consoante se verificarem os efeitos do art. 91.º — artigo destinado aos inimputáveis criminalmente perigosos — ou não, assim o delinquente é internado num estabelecimento de inimputáveis ou é suspensa a execução da pena.

O parecer então dado pela Câmara Corporativa (73) sobre a base XVII da RPenal, correspondente aos arts. 104.º e 105.º, refere, pertinentemente, uma transposição do regime dos inimputáveis e dos imputáveis portadores de anomalia psíquica para a situação emergente de anomalia mental posterior ao crime; transposição que existe, por exemplo no direito penal francês, onde consoante se considere que a demência surgida durante a execução da pena é *total* ou apenas *parcial* — para a declaração de irresponsabilidade penal também se distinguem os casos de demência *total* ou *parcial* —, assim se *suspende* a execução da pena e o condenado é internado, por via administrativa, nas secções especiais dos hospitais psiquiátricos, ou a execução da pena *continua*, embora em centro especializado (74).

Em face da anomalia psíquica sobrevinda ter-se-á que fazer, pois, um juízo no sentido da capacidade de compreensão da pena — o correspondente ao juízo de imputabilidade, nas situações de anomalia psíquica contemporânea da prática do crime —, ao qual, quando negativo, sucederá uma indagação sobre a perigosidade do delinquente — a mesma que ocorre quando, em face da anomalia psíquica contemporânea da infracção, se conclui pela inimputabilidade penal do portador.

Saliente-se, contudo, que a aludida transposição de regime, a que se refere o mencionado parecer, encontra uma raiz directa na letra do *Projecto* de 63: o art. 125.º, depois de ordenar o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis do delinquente a quem sobreviesse uma anomalia psíquica com os efeitos do art. 123.º — tornava o portador criminalmente perigoso — ou do 124.º — fazia com que o regime do estabelecimento destinado ao cumpri-

(72) Cfr. *supra*, p. 34 s., e *infra*, p. 73 ss.

(73) Cfr. PCC, p. 424.

(74) Cfr. G. STEFANI/G. LEVASSEUR/B. BOULOC, *Droit Pénal Général*, p. 372 s. e 663.

mento da prisão fosse prejudicial ao recluso ou este perturbasse esse regime —, especificava no § 2.º a hipótese de a anomalia psíquica ser de natureza a produzir os efeitos do art. 17.º — critério da declaração de inimputabilidade —, e não se verificarem os pressupostos do art. 123.º, situação que levaria à suspensão da execução da pena. Posteriormente, em 1966, o art. 141.º, na redacção dada na 1.ª revisão ministerial — art. correspondente ao § 2.º do art. 125.º do *Projecto* de 63 — utilizava mesmo a expressão «inimputável» («1. Se a anomalia psíquica sobrevinda ao agente o tornar inimputável...»).

Apesar da incorrecção — o juízo de imputabilidade reporta-se ao momento da prática do crime, como expressamente reconhece o art. 20.º, n.º 1 —, faz algum sentido estabelecer um paralelo entre o delinquente portador de uma anomalia psíquica sobrevinda, com o efeito de impedir a apreensão do sentido de pena, e o delinquente declarado inimputável. E esta afirmação vale, muito embora o nosso código não tenha optado pela capacidade de pena como critério da determinação da inimputabilidade<sup>(75)</sup>, porque, em relação a todos quantos são declarados inimputáveis, através de outro critério, podemos afirmar, tendencialmente, uma incapacidade de compreensão da pena. É neste sentido e só nele — no sentido, pois, de a anomalia psíquica posterior à prática do crime ter como efeito a não compreensão da pena, efeito decorrente também da anomalia psíquica que leva à declaração de inimputabilidade — que devemos entender as palavras do *Projecto* de 63, antes e depois da revisão ministerial, palavras que vão ao encontro da interpretação que fazemos dos arts. 104.º e 105.º

## 2. A CAPACIDADE DE COMPREENSÃO DA PENA

Para além de nos interrogarmos, genericamente, sobre o sentido e as finalidades da punição — ainda que com a «má consciência» de ser «uma das maiores singularidades da história do nosso pensamento que os homens, desde que se conhecem, tenham punido crimes e que, no entanto, desde que se conhecem, disputem entre si acerca do fim para que o fazem»<sup>(76)</sup> — importa também considerar aquilo que podemos denominar, com palavras de Welzel<sup>(77)</sup>, a «impre-

<sup>(75)</sup> Cfr. *infra*, p. 73 s.

<sup>(76)</sup> F. Exner, cit. por BELEZA DOS SANTOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, p. 137.

<sup>(77)</sup> H. WELZEL, *Derecho Penal*, p. 233. Destaque-se que o Autor utiliza a expressão com o sentido de realçar que, embora a retribuição seja a finalidade essencial da pena, dela também resultam efeitos de prevenção especial e de prevenção geral, aspecto habitualmente

são da pena»: a vivência da pena, enquanto esta se concretiza, no plano do condenado, na sensibilidade à pena e na susceptibilidade de ser por ela influenciado, o que vem a coincidir com os conceitos de *Strafempfindlichkeit* e de *Strafempfanglichkeit* que encontramos na doutrina alemã<sup>(78)</sup>.

Estes dois conceitos, enquanto significam, respectivamente, a sensibilidade ao sofrimento advindo do mal da pena<sup>(79)</sup> e a susceptibilidade da pena se repercutir na pessoa do delinquente, apelam para uma certa ideia de capacidade de pena no momento da execução desta. Capacidade de pena a significar, concretamente, o conjunto de qualidades pessoais do delinquente tidas como indispensáveis para que ele sinta a pena e possa vir a ser por ela influenciado. É dizer, o conjunto de qualidades pessoais que permitam a concretização do sentido da pena — o delinquente há-de sentir a pena nessa qualidade, como um mal que lhe é infligido em consequência do crime — e, consequentemente, a concretização das finalidades desta. E como, verdadeiramente, do que se trata é de exigir no delinquente a capacidade de apreensão de um sentido — do sentido da pena —, melhor será falar em capacidade de compreensão da pena, com a vantagem acrescida de assim não ser esta capacidade confundida com a capacidade de pena, enquanto critério de determinação da imputabilidade penal.

### 2.1. Incapacidade de compreensão da pena

Relativamente às características pessoais do delinquente, de que depende a capacidade de apreensão do sentido da pena, é de destacar a inexistência de perturbações psíquicas. Estas podem, na verdade, tornar impossível tal apreensão ou, nas palavras de Rocco, a anomalia psíquica sobrevinda ao delinquente pode

negligenciado pelas teorias absolutas dos fins da pena. Desenvolvidamente, *ob. cit.*, p. 233 ss.

<sup>(78)</sup> Sobre estes dois conceitos, cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, p. 497 s.; MAURACH/GOßSEL/ZIPF, *Strafrecht*, § 63.º I, Nm. 117 ss.

<sup>(79)</sup> O conceito de *Strafempfindlichkeit*, tal como o entendemos, significa somente que a pena enquanto tal implica sempre um mal, um sofrimento para o delinquente e, portanto, não queremos retirar dele qualquer conteúdo retributivo (cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, p. 158, e MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p. 61 s. e 92). No entanto, isto afasta-nos do entendimento original da *Strafempfindlichkeit*: foi a conclusão no sentido de a *Strafempfanglichkeit* ter importância quer do ponto de vista da retribuição quer do da prevenção que levou Henkel a distinguir esta da *Strafempfindlichkeit*, ligando esta à culpa e a aquela ao efeito de prevenção da pena (cfr. autores citados na nota anterior). Contra esta posição da doutrina alemã, em matéria de determinação da medida da pena, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 8.º, Nm. 66.

acarretar a consequência de a execução da pena não responder às finalidades desta sanção<sup>(80)</sup>; ou seja, ela pode impedir a necessária liberdade para as penas poderem produzir os seus efeitos<sup>(81)</sup>.

Foi, precisamente, a justificação acabada de imputar a Rocco que levou este Autor a introduzir no CP italiano de 1930, ainda em vigor, um artigo — o 148.º («enfermidade psíquica sobrevinda ao condenado») — que prescreve o diferimento ou a suspensão da execução da pena, consoante a enfermidade surja antes da execução da pena ou durante esta, sempre que a enfermidade seja tal que impeça a execução daquela sanção. O mesmo é dizer, sempre que a enfermidade psíquica impeça a realização das finalidades da pena, levando-se a importância da sanidade mental no momento da execução da pena ao ponto de o mesmo art. 148.º estender a solução àqueles que são condenados a pena de morte<sup>(82)</sup>.

Com o acabado de afirmar concorda a generalidade da doutrina italiana, porquanto a anomalia mental: impossibilita o delinquente de sentir os efeitos de sofrimento e de correcção da pena (Rocco e Pattini), de compreender o conteúdo moral da pena, perdendo a sensibilidade a esta (Novelli); coloca-o num estado de insensibilidade, de incapacidade de compreensão, de inconsciência (Cremona), ou seja, o delinquente deixa de estar em estado de expiação (Caldarera)<sup>(83)</sup>.

Mas já em 1789, Mello Freire defendia, no projecto de *Código Criminal* por si elaborado, que os furiosos, cujo delicto fosse cometido antes do furor ou demência não seriam castigados, «porque neste estado o castigo seria inútil, e serviria mais de horror, do que de emenda ou exemplo» (título II, § 3.º). E o Autor explicita este regime afirmando: «E importa pouco que o delicto seja cometido antes do furor, para o efeito da pena; porque sobrevindo, nem se pôde castigar, nem processar a causa, e deve parar em todo e qualquer estado em que se achar. Sei que tem havido leis em contrario; mas são barbaras»<sup>(84)</sup>.

Também o projecto de CP apresentado por Carl Stooss, em 1893, previa, ao lado da morte, a extinção da pena em caso de alienação mental incurá-

<sup>(80)</sup> Cfr. E. PATINI, *RDP*, p. 109.

<sup>(81)</sup> Assim, SOUSA PINTO, *Lições de Direito Criminal Portuguez*, p. 57, relativamente às perturbações psíquicas contemporâneas da prática da infracção: «Se castigarmos um furioso, nem elle se emenda do crime, nem cessa nos outros o receio de que o practique, porque não conhecia o que fez, nem tinha liberdade para o deixar de fazer».

<sup>(82)</sup> Segundo a redacção actual do art. 27.º da Constituição italiana «não é admitida a pena de morte fora dos casos previstos pelas leis militares de guerra».

<sup>(83)</sup> Cfr., respectivamente, E. PATINI, *RDP*, p. 109; G. NOVELLI, *RDP*, p. 105, nota 1; G. CREMONA, *RDP*, p. 332; U. CALDADERA, *RDP*, p. 1096.

<sup>(84)</sup> Cfr. *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I*, p. 3 das Provas.

vel — art. 43.º —, precisamente porque ao alienado também é inacessível o sofrimento decorrente da pena<sup>(85)</sup>.

Afirmar que as perturbações psíquicas podem tornar o delinquente incapaz de compreender a pena que lhe foi aplicada, não significa, consequentemente, que nos devamos bastar com um certo grau, uma certa gravidade, de tais perturbações, antes sendo de exigir, para além da averiguação do que podemos denominar «elemento biopsicológico», uma conclusão no sentido de este ter o efeito de impedir o delinquente de «viver» a pena concreta que lhe foi aplicada.

### 2.1.1. Elemento biopsicológico

Precisamente por ser necessário o efeito adicional da não compreensão da pena, não devem ser feitas restrições ao elemento biopsicológico, sendo por conseguinte de admitir que ele seja integrado quer pelas doenças mentais ou psicoses — todas as alterações psíquicas que derivam de um substrato orgânico (só há doença no corporal), segundo o critério já clássico de Schneider —, quer pelas anomalias psíquicas, em sentido estrito (as deficiências mentais, as reacções psicogénicas anormais e as personalidades anormais)<sup>(86)</sup> <sup>(87)</sup>.

#### 2.1.1.1. As psicoses ou doenças mentais

As psicoses ou doenças mentais «são aqueles processos que, como corpos estranhos, se desenvolvem no cérebro, que substituem as leis e os fenómenos psi-

<sup>(85)</sup> Cfr. C. STOOS, *Exposé des Motifs de L'Avant-Projet de Code Pénal Suisse*, p. 74.

<sup>(86)</sup> Na exposição que se segue em texto apoiamo-nos fundamentalmente em F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 578 ss. Muito embora a classificação seja distinta da utilizada por este Autor, v. ainda, DI TULLIO, *Principi di Criminologia general e clinica*, p. 95 ss., e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 337 ss. De salientar que, ao descreverem as perturbações da vida mental, a preocupação dos Autores mencionados não é a de fornecerem um quadro de perturbações às quais se ligue, potencialmente, o efeito de inapreensão do sentido da pena. No entanto, não é de menosprezar a circunstância de qualquer uma das classificações ter no seu horizonte o problema penal. Ainda que sem a preocupação de construir um quadro das perturbações mentais, G. CREMONA, *RDP*, p. 335, aborda o efeito de insensibilidade à pena provocado por certas anomalias mentais. Para uma classificação exaustiva das doenças psiquiátricas, do ponto de vista médico, v. PEDRO POLÓNIO, *Psiquiatria-Medicina da Pessoa*, p. 293 ss.

<sup>(87)</sup> As doenças mentais ou psicoses e as anomalias psíquicas integrarão assim a categoria da anomalia psíquica em sentido amplo, categoria a que nos reportamos sempre que utilizarmos a expressão «anomalia psíquica», aquela pela qual optou o legislador penal. Cfr. *infra*, p. 57.

quicos normais por outros diferentes, psicóticos, e que, pela transformação da consciência alteram qualitativamente e quantitativamente a personalidade»<sup>(88)</sup>, ficando esta globalmente comprometida. Característica tradicionalmente apontada às psicoses é a «incompreensibilidade» da linguagem, das motivações e das acções, segundo os habituais esquemas lógicos e racionais, o que faz do psicótico um homem isolado.

Nas doenças mentais distinguem-se as psicoses orgânicas das psicoses endógenas, entendendo-se pelas primeiras as doenças mentais provocadas por um agente patogénico notório que provoca uma alteração anátomo-patológica visível, pelo que assumem aqui pouco relevo os factores psicogénicos e ambientais. Nelas são de integrar fenómenos como: a demência senil e arterioesclerótica; as psicoses traumáticas (*v. g.*, lesões e tumores cerebrais); a paralisia progressiva (*v. g.*, a sífilis cerebral); a encefalite epidémica; a psicose epiléptica; a psicose de disfunções endócrinas; a toxicomania (*v. g.*, intoxicação alcoólica e de estupefacientes).

Já nas psicoses endógenas há alterações mentais sem uma causa orgânica notória, mas, contudo, são consideradas doenças devido ao seu desenvolvimento; presume-se o fundamento somático. Caracteriza-as uma grande diferença em relação aos processos mentais habituais e uma incompreensibilidade da actividade psíquica, segundo as leis comuns da psiquiatria. Neste grupo são de integrar, a esquizofrenia, a paranóia ou loucura sistematizada e a psicose maníaco-depressiva ou psicose ciclotímica<sup>(89)</sup>.

#### 2.1.1.2. As anomalias psíquicas

As deficiências mentais (oligofrenia) — uma forma de anomalia psíquica — são caracterizadas por um desenvolvimento da inteligência inferior à média, atribuído a carências congénitas ou culturais, ou mesmo, nas formas mais graves, provocado por um processo orgânico pré-natal ou pós-natal, anterior à maturidade intelectual que não é assim atingida. Tradicionalmente, distinguem-se nas deficiências mentais, a idiotia, a imbecilidade e a debilidade mental, classificação hoje muito questionada pela psiquiatria, porque imprecisa, mas com o mérito de explicar vários casos.

As reacções psicogénicas anormais são anomalias não habituais e episódicas, pois consistem numa resposta psíquica inadequada a um acontecimento externo

<sup>(88)</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 338 s.

<sup>(89)</sup> Desenvolvidamente, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 586 ss., e DI TULLIO, *Principi di Criminologia general e clinica*, p. 118 ss.

psicotraumático, sendo claramente provocadas por tal evento. Já estamos no campo das personalidades anormais quando a anomalia é uma constante no indivíduo, podendo ser considerada uma característica estável da personalidade. Tanto nas reacções psicogénicas anormais como nas personalidades anormais há tendências neuróticas ou psicopáticas, não sendo de excluir uma combinação de ambas. À neurose liga-se um sofrimento psíquico caracterizado por uma ansiedade superior, em grau e em tempo, à do indivíduo comum, sendo expressão de uma conflitualidade — interior, interpessoal ou com o ambiente — não resolvida. Apresenta-se, fundamentalmente, nas seguintes modalidades: neurose de ansiedade (*v. g.*, claustrofobia, agorafobia); neurose histérica; neurose depressiva; neurose obsessiva (*v. g.*, monomania, cleptomania, piromania); neurastenia; neurose pós-traumática. Já a psicopatia é tida como uma anomalia grave e permanente do carácter, de natureza constitucional para uns e ambiental para outros, que impele o psicopata a ter comportamentos que implicam distúrbios e sofrimento para os outros, o que faz com que as psicopatias tenham um significado distinto das neuroses, do ponto de vista do comportamento criminoso<sup>(90)</sup>.

São de destacar, dentro das reacções psicogénicas de cunho neurótico, as ansiosas, as depressivas, as histéricas — estas são especialmente típicas no meio prisional, pois são favorecidas pelo isolamento e pela necessidade de ser afrontada uma situação existencial, particularmente difícil<sup>(91)</sup> — e as reacções a situações de conflito psíquico. Quanto às reacções de índole psicopática reprimam-se as explosivas, as de curto-circuito, as primárias e as negativistas.

Quanto às personalidades neuróticas destacam-se nelas as personalidades depressivas, as ansiosas, as obsessivas e as histéricas. As personalidades psicopáticas, segundo a conhecida classificação de Schneider, compreendem: os hipertímicos; os depressivos; os inseguros; os fanáticos; os desejosos de consideração social; os lábeis; os explosivos; os insensíveis; os abúlicos; e os asténicos<sup>(92)</sup> <sup>(93)</sup>.

<sup>(90)</sup> Os aspectos psiquiátricos e jurídicos das psicopatias foram entre nós estudados por OLIVEIRA SA, *RDES*, p. 273 ss. e 370 ss.

<sup>(91)</sup> Na verdade, as incorrectamente denominadas «psicoses carcerárias» são verdadeiramente reacções anormais à situação carcerária. Assim, DI TULLIO, *Principi di Criminologia general e clinica*, p. 101. Sobre elas, desenvolvidamente, ANTOINE POROT/CHARLES BARDENAT, *Anormaux et Malades Mentaux devant la Justice Pénale*, p. 240 ss.

<sup>(92)</sup> Desenvolvidamente, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 581 ss. Também, relativamente à classificação dos psicopatas, DI TULLIO, *Principi di Criminologia general e clinica*, p. 95 ss., e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 341 s.

<sup>(93)</sup> Falar hoje em perturbações da vida mental e, essencialmente, falar em doenças mentais implica também dar a palavra à psiquiatria crítica ou radical — à qual se ligam os

## 2.1.2. O efeito da anomalia psíquica

Relativamente ao efeito da anomalia psíquica, ele traduz-se em esta impedir o delinquente de sentir a pena como um mal — impede-o de viver esta sanção nessa qualidade —, bem podendo fazer-se aqui apelo à ideia de que a anomalia psíquica ergue um obstáculo entre a personalidade ético-juridicamente censurável do delinquente e a pena que a esta personalidade é dirigida, enquanto resposta à culpa jurídico-penal<sup>(94)</sup>. Juízo que há-de reportar-se à pena concreta aplicada ao delinquente, pois as características desta — o ser ou não uma pena privativa da liberdade, por exemplo — podem influenciar o sentido da conclusão<sup>(95)</sup>.

Se, por um lado, é necessário referir a anomalia psíquica à razão que impõe a sua consideração — à exigência de o delinquente sentir a pena como tal —, por outro, não seria conveniente atender a essa razão por si só, desligada de causas endógenas daquele tipo. Isto por duas razões essenciais: só desta forma é possível lançar mão de medidas terapêuticas que visem a recuperação da capacidade de compreensão da pena, esta ser posteriormente executada e, assim, se produzirem os efeitos que à execução da pena andam ligados; só esta solução evita que cir-

nomes de T. Szasz (v., do Autor, «Le mythe de la maladie mentale», *Idéologie et Folie*, p. 21 ss.) e de T. Scheff (v., do Autor, *Being Mentally Ill*) —, do mesmo modo que importa dá-la à perspectiva interaccionista, quando abordamos a teoria do comportamento delinquente (sobre esta perspectiva, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 48 ss. Especificamente sobre a criminologia crítica e pela palavra de um dos seus defensores, v. A. BARATTA, *RIDP*, p. 43 ss.). E importa dar-lhe a palavra, não para pôr em causa o conceito de doença mental, tal como faz T. Szasz (*loc. cit.*, entre outros), mas sim para dar relevo ao «outro lado da lua» — aos processos sociais de selecção daqueles que vêm a adquirir o rótulo de psiquicamente anómalos (cfr. *supra*, p. 19) —, tal como reconhecemos que «o comportamento delinquente tem duas componentes irrenunciáveis — a do comportamento e a da sua definição como delinquente» (cfr. FIGUEIREDO DIAS, sep. *Estudos em Homênamem ao Prof. Doutor José Teixeira Ribeiro*, p. 35). Ainda sobre esta questão e, em especial, sobre os caminhos paralelos da criminologia e da psiquiatria, v. COSTA ANDRADE, *Jornadas de Direito Criminal*, p. 192 ss.

<sup>(94)</sup> Nestas palavras está pressuposto o pensamento de Figueiredo Dias (v., desenhadamente, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 155 ss. e 256 ss.), segundo o qual a culpa jurídico-penal é o ter que responder pela personalidade que fundamenta o facto ilícito típico; asserção suficientemente expressiva da ligação entre a pena, resposta à culpa, e a personalidade ético-juridicamente censurável. Ligação que poderá, contudo, ser quebrada quando a personalidade do delinquente está onerada por uma perturbação psíquica posterior à prática do crime.

<sup>(95)</sup> Neste sentido, E. PATINI, *RDP*, p. 111.

cunstâncias como a tendência irreversível para o crime ou as convicções íntimas do delinquente possam ter relevo nesta matéria, o que acarretaria a perda irremediável do efeito de prevenção geral que à execução da pena anda ligado.

No entanto, não foi esta a opção do actual CP suíço, porquanto permite ao tribunal substituir a execução da pena privativa de liberdade, aplicada aos delinquentes habituais, por uma medida de segurança de internamento (art. 42.º). Esta solução vicarial<sup>(96)</sup>, vinda já do Projecto Stooss (cfr. art. 40.º), justifica-se, precisamente por, nestes casos, a pena não produzir os seus efeitos, não ter utilidade<sup>(97)</sup>. Ou seja, no dizer de Stooss, *der Gewohnheitsverbrecher ist für die Strafe nicht mehr empfänglich*<sup>(98)</sup>.

Justifica-se, diríamos nós, por o delinquente habitual não sentir a pena nem ser por ela influenciável, ou seja, por ser incapaz de compreender a pena, o que justifica a sua não execução. Conclusão, pois, que não depende de uma perturbação mental, muito embora, quer o Projecto de 1893 quer o actual código refram a saúde mental do delinquente, como circunstância a ter em conta na decisão de substituição da execução da pena pela medida de segurança, o que não deixa de ser significativo.

## 2.2. A capacidade de compreensão da pena no contexto das finalidades desta

Foi por nós afirmado que a capacidade de compreensão da pena, na medida em que permite ao delinquente apreender o sentido desta reacção criminal — viver a pena como o mal advindo da prática de um crime — torna possível a concretização das finalidades apontadas a esta sanção. Propomo-nos agora confrontar esta asserção com cada uma das finalidades, sem esquecer a importância dada à inexistência de perturbações mentais, ou pelo menos à inexistência de certos efeitos destas perturbações, enquanto condição da mencionada capacidade<sup>(99)</sup>.

## 2.2.1. A pena como retribuição

Segundo a teoria que vê na retribuição a finalidade da pena, esta é entendida como a imposição de um mal, adequado à culpa do delinquente e com-

<sup>(96)</sup> Cfr. *infra*, p. 124.

<sup>(97)</sup> Cfr. C. STOOS, *Exposé des Motifs de L'Avant-Projet de Code Pénal Suisse*, p. 45 s.; JEAN GRAVEN, *Les Peines et les Mesures du Droit Pénal Suisse*, p. 32 s.

<sup>(98)</sup> Cfr. C. STOOS, *SchwZStr*, p. 28.

<sup>(99)</sup> Sobre a matéria dos fins das penas e para uma referência básica, v. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 39 ss.

pensador do mal do crime, surgindo a sanção despida de qualquer outra finalidade. Usando as palavras impressivas de Maurach, «a melhor qualidade da pena retributiva é a sua majestade livre de todo fim», de que é expressão a exigência Kantiana de dever ser executado o último assassino de uma ilha, cujo povo tivesse decidido separar-se e dispersar-se pelo mundo <sup>(100)</sup>.

Se com a aplicação de uma pena está em causa a compensação do mal do crime com o mal da pena, parece evidente que condição de execução da mesma seja que o delinquente possa apreender o sentido daquela, pois só deste modo ele é sensível à pena, ao sofrimento advindo do mal da pena, com o que se concretiza a ideia de retribuição. Pouco importa, deste ponto de vista, é que a sensibilidade à pena — a *Strafempfindlichkeit* — também signifique a influência desta — a *Strafempfänglichkeit* —, a não ser que se adira a uma ideia específica de expiação, no sentido tradicional de purificação moral do delinquente <sup>(101)</sup>.

É, aliás, por apelo ao carácter retributivo da pena que têm sido justificadas soluções como a do direito espanhol <sup>(102)</sup> — quando ao delinquente sobrevier uma alienação mental, a execução da pena suspende-se até cessar a causa da suspensão (art. 82.º do CP espanhol) — e do direito italiano <sup>(103)</sup>, aqui particularmente reforçado, por mesmo o condenado à morte ser internado num manicómio criminal até cessar a enfermidade mental (art. 148.º do CP italiano). Mas também a solução do direito português anterior ao CP de 1982: «Nos que enlouquecerem depois do crime cometido, se sobrestará (...) na execução da pena, até que eles recuperem as suas faculdades intelectuais» — art. 114.º, § único, do CP de 1886 <sup>(104)</sup>.

<sup>(100)</sup> Estas palavras que podem encontrar-se na p. 77 da 4.ª ed. do tratado de Maurach — *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1971 — são utilizadas muitas vezes para mostrar o abandono das ideias retributivas em favor das preventivas, uma vez que na ed. seguinte (p. 89), já com a participação de Zipf — MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1977 — já são afirmadas as finalidades preventivas. Assim, W. HASSEMER, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p. 117 s., e C. ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de Hoy*, p. 148.

<sup>(101)</sup> O exposto em texto é apenas um dos sentidos do conceito de expiação. Segundo Beza dos Santos, que não lhe reconhece autonomia como doutrina sobre os fins das penas, têm-lhe sido ainda atribuídos os sentidos de purificação moral da sociedade pelo sacrifício do delinquente, de simples retribuição, de aceitação da pena pelo criminoso e de prevenção do crime. V., desenvolvidamente, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, p. 146 ss.

<sup>(102)</sup> Assim, R. RAMOS, *Compendio de Derecho Penal*, p. 109.

<sup>(103)</sup> Assim, G. BETTIOL, *Direito Penal*, p. 372, e os Autores italianos já citados (*supra*, nota 83), com a diferença de mencionarem, para além do carácter retributivo da pena, o correctivo.

<sup>(104)</sup> Assim, VITOR FAVEIRO, *Prevenção Criminal. Medidas de Segurança*, p. 144 s.

## 2.2.2. A prevenção especial

Numa visão das finalidades da pena a assentar na prevenção especial, também a capacidade de compreensão da pena surge como indispensável: só sentindo-a e sendo por ela influenciável o delinquente não voltará a cometer crimes <sup>(105)</sup>.

Só que se isto é evidente quando pensamos a prevenção especial como mera intimidação do delinquente, como processo inibitório da prática de novos crimes, ou como correcção, como processo de socialização do delinquente, já surgem dúvidas quando a ligamos a uma ideia de segregação, de inocuidade do delinquente, muito embora tenhamos que conceder que, relativamente a estes indivíduos, melhor será falar não em pena, mas em medida de segurança, solução com particular acolhimento no direito português, onde não tem cabimento, no domínio das penas, a figura do delinquente incorrigível (cfr. art. 20.º, n.º 3) <sup>(106)</sup>. No entanto, ainda que se afirme a função segregadora da pena, se recordarmos aqui v. Liszt, a quem ligamos a classificação tripartida dos delinquentes pressupostos — ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis —, concluiremos que mesmo em relação aos últimos tem sentido falar na exigência de compreensão da pena, já que o autor do programa de Marburg admite a alteração da declaração de incorrigibilidade, solução que não é de estranhar num pensamento, inegavelmente dominado pela crença na incidência da pena na personalidade do delinquente, a única via de evitar a prática de novos crimes e, conseqüentemente, a protecção dos bens jurídicos <sup>(107)</sup>.

Este pensamento, ainda que influenciado pela escola positiva, distingue-se dela, pois nele não está presente, como está nesta, uma ideia de prevenção especial a assentar, exclusivamente, na defesa da sociedade contra o delinquente perigoso, em virtude de factores antropológicos (Lombroso), sociológicos (Ferri) <sup>(108)</sup> ou psicológicos (Garofalo); ideia esta que não comporta a relevân-

<sup>(105)</sup> Entre nós, no sentido de a prevenção especial justificar a não execução da pena no condenado portador de anomalia psíquica, v., LUIS OSÓRIO, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, II, anotação ao art. 126.º; VITOR FAVEIRO, *Prevenção Criminal. Medidas de Segurança*, p. 145; PCC, p. 425, a propósito do que veio a ser o art. 105.º do CP de 1982; e MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, anotação ao art. 105.º Na doutrina italiana, por referência ao art. 148.º do CP, cfr. autores mencionados, *supra*, nota 83.

<sup>(106)</sup> Cfr. *infra*, p. 73 ss.

<sup>(107)</sup> Cfr. F. v. LISZT, *Traité de Droit Pénal Allemand*, I, p. 94 ss. e, especialmente, p. 99.

<sup>(108)</sup> O Projecto de CP, elaborado por FERRI em 1921, destaca, precisamente, a defesa social como função do Estado no exercício da justiça penal e a perigosidade do delin-

cia da anomalia psíquica posterior à prática do crime, pois a sanção — verdadeiramente já não podemos falar em pena — reveste a natureza de uma pura defesa naturalística da sociedade em face da perigosidade do delinquente, é «um simples meio natural de defesa social»<sup>(109)</sup>. O delinquente, não obstante ser o destinatário por excelência desta escola, é-o apenas enquanto objecto, pelo que é indiferente que ele sinta ou não a sanção nessa qualidade, possa ou não ser por ela influenciado, preocupações que já fariam dele um sujeito do processo de prevenção do crime. Aliás, a esta visão das coisas liga-se a concepção da sanção como internamento para cura — um internamento a inscrever-se no tratamento terapêutico imposto pelo Estado em nome da defesa social contra a doença social que é o crime —, o que por si só é revelador do papel desempenhado (ou não desempenhado) pelo delinquente<sup>(110)</sup>.

Já assim não será se nos reportarmos à escola correcionalista, pois, embora também centre as suas preocupações no objectivo de evitar que o delinquente cometa novos crimes, distingue-se das teorias da prevenção especial de cunho positivista, desde logo pela crença incondicional na corrigibilidade de todos os delinquentes. Segundo Roeder, à pena cabe exercer, através de meios adequados, um influxo benéfico sobre o ânimo do condenado, sobre o seu pensamento, sentimento e vontade; afirmação justificativa do apelo a uma ideia de capacidade de compreensão da pena, enquanto esta significa a possibilidade de o condenado ser influenciado pela pena, ser, por esta forma, corrigida a vontade imoral do criminoso manifestada no crime<sup>(111)</sup>. Quanto à capacidade de compreensão da pena, enquanto esta significa a possibilidade de o condenado viver o sofrimento advindo do mal da pena, ela não tem relevo no contexto da escola correcionalista, uma vez que a pena não é vista como um mal, «antes um bem»<sup>(112)</sup>.

quente como objectivo e critério das medidas preventivas (cfr. *Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano per i Delitti*, p. 128).

<sup>(109)</sup> Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, p. 198.

<sup>(110)</sup> Estas palavras inscrevem-se no modelo político-criminal denominado «modelo vermelho». Sobre ele, v. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 797 s., e FÁRIA COSTA, sep. *BFD*, p. 14 s.

<sup>(111)</sup> Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, p. 188 e nota 2. Para uma leitura dos fundamentos filosóficos da escola correcionalista e sobre a recepção do pensamento de Krause em Portugal, v. P. HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, p. 76 ss.

<sup>(112)</sup> É desta forma que se exprime Levy-Maria Jordão (*O Fundamento do Direito de Punir*, p. 29), um dos vultos marcantes da influência correcionalista em Portugal. Sobre esta influência, v. P. HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, p. 81 ss.

### 2.2.3. A prevenção geral de intimidação

Para os que elegem como finalidade da pena a finalidade de prevenção geral de intimidação — *general deterrence*<sup>(113)</sup> —, finalidade à qual anda ligada o nome de Feuerbach, ao direito penal caberia impedir o cometimento de crimes através da coacção psicológica da ameaça da pena. O medo da pena combateria e venceria o poder apetitivo dos homens — o homem age em vista de resultados que lhe dão prazer —, medo que sairia reforçado com a execução desta sanção, à qual, por conseguinte, caberia demonstrar a eficácia e a seriedade da ameaça, ou seja, dar força à intimidação geral.

Nesta visão das coisas, a exigência no sentido de o delinquente ser capaz de compreender a pena é algo que surge como dispensável para que a finalidade de intimidação se realize, pois momento essencial daquela é a ameaça que a pena contém num momento anterior ao da prática do crime; a execução serve apenas para demonstrar que «a pena não é só ameaça mas 'força real'»<sup>(114)</sup><sup>(115)</sup>. Se ainda tem sentido exigir a capacidade de compreensão da pena, tal ocorre por referência aos membros da comunidade jurídica e não ao delinquente. Verdadeiramente, são estes os destinatários do castigo exemplar aplicado ao delinquente, delinquente que pode ser portador de uma anomalia psíquica com o efeito de destruir a apreensão do sentido da pena, o que se legitima a crítica de que o ponto de partida da prevenção geral de intimidação possui normalmente tendência para o terror estatal<sup>(116)</sup>, também dá razão a Kant quando se insurge contra a instrumentalização do homem e a consequente violação da dignidade da pessoa humana.

Se no contexto da concepção original da prevenção geral de intimidação, são de subscrever as afirmações feitas, parece-nos que o mesmo não vale, a partir do momento em que se deixa de ver a prevenção geral como efeito a retirar da imposição legal e só dela, o que está pressuposto na posição de Feuerbach. Ou seja, se se estender esta finalidade às fases da imposição judicial e da execução da pena,

<sup>(113)</sup> A ideia de prevenção geral através do medo da pena encontra uma expressão específica na língua inglesa — *general deterrence* —, por contraposição a *general prevention*, que excede o aspecto do medo da pena. Assim, J. ANDENAES, *JCrim*, p. 341.

<sup>(114)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 48, nota 1.

<sup>(115)</sup> No sentido do texto, MARC ANCEL, *Los Delincuentes Mentalmente Anormales*, p. 99, ao pôr em destaque que a ideia de «uma expiação exemplar do crime» aceita a punição do demente nos mesmos termos do delinquente que não o seja. É claro que um raciocínio deste tipo vale também para a anomalia psíquica contemporânea da prática da infracção. Entre nós, no sentido do texto, VITOR FAVEIRO, *Prevenção Criminal. Medidas de Segurança*, p. 145.

<sup>(116)</sup> Assim, C. ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 23.

então o efeito de prevenção geral de intimidação, enquanto finalidade da execução da pena, só pode ter o sentido de afastar da prática do crime os potenciais delinquentes, através do sofrimento de que o condenado é vítima. Quer dizer, segundo este ponto de vista justifica-se a exigência da capacidade de apreensão da pena: só se o condenado viver a pena como pena pode a execução desta servir de ameaça, de desincentivo, para os potenciais delinquentes, podendo dizer-se, com Silva Ferrão, que «o exemplo perde toda a sua força praticado em um louco» <sup>(117)</sup> <sup>(118)</sup>.

#### 2.2.4. A prevenção geral de integração

Diferentemente, a prevenção geral positiva, de integração, não visa intimidar os potenciais delinquentes; da pena espera-se, nas palavras de Figueiredo Dias, «o reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida» <sup>(119)</sup>.

Se a pena vem a coincidir com uma «afirmação de fé no direito», só está jus-

<sup>(117)</sup> Cfr. SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Português*, III, p. 146.

<sup>(118)</sup> No sentido de a prevenção geral de intimidação valer nos três estádios da realização penal — imposição legal, imposição judicial e execução da pena — e de ter, no último estádio, o sentido de *intimidação através do sofrimento do condenado*, claramente MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, § 61.º, Nm. 6.

Só mediante uma intimidação através do sofrimento do condenado é que compreendemos uma posição como a de Luzon Peña, adepto da prevenção geral de intimidação, limitada pela exigência de proporcionalidade entre a pena e o crime cometido e pela ideia de necessidade de pena. Contudo, estas limitações, tal como o Autor as apresenta, não são justificadoras de uma não execução da pena no delinquente, por ele ser incapaz de compreender aquela sanção. Já justificará tal solução a circunstância de ser necessário o sofrimento do condenado do ponto de vista da prevenção geral de intimidação, o que é de acolher se pensarmos que Luzon Peña aponta à execução da pena, para além da prevenção especial, a finalidade de prevenção geral de intimidação. V. LUZON PEÑA, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p. 141 ss.

<sup>(119)</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 815. Do Autor, v., ainda, *RitalDPP*, p. 792 s. Pagliaro utiliza a expressão «orientamento cultural», no sentido de «o sistema penal ter a capacidade de inculcar na comunidade certos juízos de valor que se manifestam nos esquemas comuns de comportamento moral que funcionam como barreiras contra as tendências criminosas» (*IndP*, p. 7, e *RitalDPP*, p. 1190); Roxin ao falar em «prevenção geral compensadora» ou «integradora socialmente», destaca «a salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade» (*Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 101 ss., e *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 33).

tificada a intervenção do mal que é a pena, quando outros mecanismos bastariam para a «reafirmação da validade da norma violada» <sup>(120)</sup> — por exemplo, uma declaração inequívoca a esse respeito corporizada na sentença condenatória —, se o próprio delinquente, ao sofrer o mal da pena, for visto como expressão comunitária da validade da norma violada, o que vem a traduzir-se na exigência de ele dever ter capacidade de apreensão do sentido da pena no momento da execução desta. Vivendo a pena o delinquente confirma a validade da norma que desrespeitou e ao fazê-lo, fá-lo tanto em relação a ele próprio como em relação à comunidade jurídica em geral, como concluiu, a outro propósito, Hünnerfeld <sup>(121)</sup>.

Diferentemente da prevenção geral de intimidação, agora não está em causa a consideração individual dos membros da comunidade; esta tem que ser vista como algo distinto da mera justaposição daqueles que a integram — «encarnando», contudo, num sujeito: no delinquente —, bem podendo falar-se, com Hassemer, numa «prevenção geral geral» <sup>(122)</sup>, a traduzir, precisamente, aquilo que se espera da pena: «a protecção efectiva da consciência social da norma» <sup>(123)</sup>.

E se «a salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade» <sup>(124)</sup> pressupõe a sensibilidade do delinquente à pena (*Strafempfindlichkeit*) — exigência compreensível se quisermos que o acto de aplicação de uma pena seja algo distinto da mera repetição das palavras da lei — não é, por outro lado, destituída de sentido a exigência de o delinquente ser susceptível de ser influenciado pela pena (*Strafempfänglichkeit*). Desta influência depende o reforço efectivo da consciência jurídica comunitária <sup>(125)</sup>, dela depende, em última instância, a «protecção de bens ou interesses jurídicos», como pôs em evidência Eduardo Correia <sup>(126)</sup>, pois a prevenção de futuros crimes é conseguida «de um modo mais duradouro actuando sobre o delinquente para voltar a ganhá-lo para a comunidade» <sup>(127)</sup> <sup>(128)</sup>.

<sup>(120)</sup> As expressões são de G. JAKOBS, *Recht und Staat*, p. 10.

<sup>(121)</sup> Cfr. P. HÜNERFELD, *RDE*, p. 40.

<sup>(122)</sup> Citado por LUZON PEÑA, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p. 148.

<sup>(123)</sup> Cfr. W. HASSEMER, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p. 137.

<sup>(124)</sup> Cfr. C. ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 33.

<sup>(125)</sup> Assim, W. HASSEMER, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p. 137. Para o Autor a «protecção efectiva da consciência social da norma» significa, por um lado, a ajuda que se presta necessariamente ao delinquente — ajuda, no entanto, limitada por critérios de proporcionalidade — e, por outro, a consideração da vítima.

<sup>(126)</sup> EDUARDO CORREIA, sep. *BFD*, p. 29 s.

<sup>(127)</sup> Assim, a exposição de motivos do Projecto alemão de CP de 1962. Cfr. C. ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 25.

<sup>(128)</sup> Não queremos que resulte do exposto existir uma total sintonia entre as diversas teorias da prevenção geral a que fizemos referência. Segundo Mir Puig (*AnDP*, p. 51 ss.),

Na verdade, se se executasse a pena num delinquente que não a compreendesse — que não fosse sensível a ela nem por ela influenciável — era o pró-

as divergências podem ser reconduzidas a dois grupos essenciais: um abarca os que vêem naquela forma de prevenção geral uma maneira de fundamentar a intervenção do direito penal; ou até mesmo de a ampliar, como decorre da função ético-social que Welzel atribui ao direito penal, muito embora aqui estejam pressupostas posições como a de Hassemer (*Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p. 126, nota 33) e de Armin Kaufmann que vêem na teoria daquele Autor a descrição precisa da prevenção geral positiva, quando destaca que a retribuição justa da infracção praticada com culpa demonstra a todos o desvalor do facto e consolida o juízo ético-social (cfr. H. WELZEL, *Derecho Penal*, p. 234).

Noutro grupo são de integrar as teorias que pretendem limitar a prevenção geral de intimidação ou/e a prevenção especial. Neste cabem posições como a de Hassemer, Zipf e Roxin: o primeiro, por aderir a uma visão do direito penal, como meio formalizado de controlo social, ao qual cabe realizar, através da pena, a protecção efectiva da consciência social da norma e não a prevenção de intimidação, o que afasta a necessidade de agravação das penas; Zipf por ver no art. 47.º do CP alemão uma limitação da prevenção especial, imposta pela prevenção geral positiva, quando aquele artigo impõe a aplicação de uma pena privativa de liberdade inferior a seis meses de duração, ainda que preventivo-especialmente contra-indicada, se tal for imprescindível para a defesa da ordem jurídica; Roxin, por defender um sistema de determinação concreta da pena que parte da culpa — a pena adequada à culpa realiza a finalidade de prevenção geral compensadora ou integradora —, o qual limita a prevenção geral de intimidação, pois esta, ao contrário da prevenção positiva, tenderia a exceder a medida da culpa para assim alcançar o seu objectivo de intimidação. Por outro lado, Roxin, ao admitir que a pena concreta possa ser inferior ao limite mínimo da culpa em nome de exigências de prevenção especial de socialização, limita esta forma de prevenção uma vez que a pena nunca pode ser insuficiente do ponto de vista da «defesa da ordem jurídica», «a última forma de prevenção geral, o seu limite último de contenção».

Dentro do grupo das teorias da prevenção geral positiva que fundamentam desta forma a intervenção penal, Mir Puig destaca a posição de Jakobs. Este vê como objectivo único do direito penal a garantia da função *orientadora* da norma — «função da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para a relação social» —, na esteira da concepção do direito de Luhman, segundo a qual às normas jurídicas cabe estabilizar e institucionalizar as expectativas necessárias à vida em sociedade, servindo assim para orientar o comportamento do cidadão no seu contacto com os outros, com a consequência de se desse comportamento resultar a infracção de uma norma haver então que mostrar a manutenção da sua vigência apesar daquela violação.

É ainda dentro deste grupo que devemos integrar a posição de Figueiredo Dias, fundamentalmente pelo que defende em matéria de determinação concreta da pena (desenvolvidamente, *Direito Penal* 2, § 8.º). O Autor, partindo da ideia segundo a qual as finalidades da aplicação de uma pena residem primordialmente na tutela dos bens jurídicos e, na medida do possível, na reinserção do agente na comunidade — não podendo, contudo, a pena ultrapassar em caso algum a medida da culpa — defende, consequentemente, que a medida

prio efeito preventivo geral que se debilitaria, pois este significa «a influência da norma na consciência de responsabilidade do cidadão» <sup>(129)</sup> e tal influência não se concretiza quando a comunidade não se revê no delinquente.

Afirmar a importância da capacidade de compreensão da pena, do ponto de vista da prevenção geral positiva, não significa, contudo, negar efeitos deste tipo à sentença que condena o indivíduo privado daquela con. preensão; signi-

da pena há-de ser dada, primordial e essencialmente, pela medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos no caso concreto, é dizer pela medida da necessidade de tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou mesmo reforço) da validade da norma infringida, o que vem a coincidir com a ideia de prevenção geral positiva ou de integração. E é dentro dos limites consentidos por esta — não, portanto dentro dos limites fornecidos pela culpa, como faz Roxin —, é entre o ponto ótimo, tendencialmente coincidente com a medida máxima de pena adequada à culpa, e o ponto ainda comunitariamente suportável de medida da tutela dos bens jurídicos que actuam pontos de vista de prevenção especial de socialização. Desta forma, a prevenção geral positiva assume o papel principal e imediatamente relevante, o papel que à partida lhe deve estar destinado quando se defende a ideia básica, segundo a qual são considerações de prevenção que constituem a finalidade única, ou em todo o caso essencial e primária, da pena, asserção decorrente do princípio político-criminal da necessidade da pena, princípio fundamentador da intervenção jurídico-penal.

Não quer o exposto significar que a posição de Figueiredo Dias possa ser equiparada à de Jakobs, pois como o primeiro expressamente reconhece, a função estabilizadora da pena de que fala Jakobs é distinta da função de protecção de bens jurídicos. Para este Autor, esta última função não caberia de forma primordial ao direito penal — «a sociedade não é nenhuma instância para a conservação e muito menos para a maximização de bens» (Jakobs, citado por FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 8.º, Nm. 25). Ora, para Figueiredo Dias «função primordial do direito penal é na verdade a tutela de bens jurídicos, sendo a ideia da estabilização da expectativa comunitária apenas uma forma plástica de tradução daquela ideia essencial». E acrescenta o Autor que se afasta «de um 'normativismo puro' — «normativismo puro», a recordar, como bem anota Mir Puig, a construção hegeliana, da essência da pena como uma negação da negação do direito: o crime, violação do direito é negado pelo sofrimento da pena que, desse modo, *restabelece o direito violado* (*loc. cit.*, p. 53) —, visível na construção de Jakobs, para se aproximar mais daquilo que talvez possa chamar-se um 'realismo' ou mesmo um 'sociologismo' axiológico». É precisamente esta referência material aos bens jurídicos que permite afastar as críticas a que se sujeita o pensamento de Jakobs: se a finalidade primária da pena reside na estabilização das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada, atendendo-se apenas às necessidades de funcionamento do sistema, então esta concepção acaba por consentir a utilização da pena, ainda que o não exija a imediata protecção dos bens jurídicos, com o que, no dizer de Baratta (citado por MIR PUIG, *loc. cit.*, p. 57), esta teoria pode ser mais perigosa que as teorias retributivas liberais.

<sup>(129)</sup> Assim, C. ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 176, a propósito da não punição dos inimputáveis, indivíduos com quem a comunidade não se identifica. Cfr. o que, de seguida, é dito em texto.

fica sim, que a execução da pena é uma dimensão irrenunciável da prevenção geral de integração.

Quando está em causa uma anomalia psíquica posterior à prática da infracção, com o efeito de impedir a apreensão do sentido da pena, tal não tem como consequência a desnecessidade de pena do ponto de vista preventivo, ideia defensável em relação aos delinquentes inimputáveis, em virtude de anomalia psíquica. Na verdade, quanto a estes, pode dizer-se que não há nenhuma razão de prevenção geral que imponha a aplicação de uma pena, já que o homem «normal» não se identifica com o delinquente psiquicamente anómalo, «não toma como exemplo o facto do enfermo de mente», tal como assinala, a este propósito, Roxin<sup>(130)</sup>. Daí, portanto, que nem a consciência jurídica comunitária nem o seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida fiquem debilitados quando não é aplicada uma pena a um inimputável, podendo dizer-se, em sentido translativo, que não houve violação da norma, pelo que não está em causa a reafirmação da validade desta.

Diferentemente, quando ao delinquente imputável sobrevém uma anomalia psíquica mantém-se a necessidade de pena, impõe-se a reafirmação da validade da norma violada. E este efeito obtém-se quando se profere uma sentença condenatória — como decorre também da mera existência do processo penal —, pelo que tem sentido aplicar uma pena a um delinquente que não a compreenda; não tem é sentido executar nele tal pena, já que o efeito de prevenção geral de integração, em regra, não se esgota no acto de aplicação de uma pena e nos seus momentos anteriores, antes só alcança toda a sua dimensão com a execução desta sanção.

### 3. PRESSUPOSTOS DA DECLARAÇÃO DE INCAPACIDADE DE COMPREENSÃO DA PENA NO DIREITO PORTUGUÊS

De acordo com os arts. 104.º, 1.ª hipótese, e 105.º, o diferimento da execução da pena ou a não continuação da mesma, depende de duas circunstâncias essenciais: ao delinquente condenado numa pena sobreveio uma anomalia psíquica depois da prática do crime; esta anomalia psíquica tem como efeito impedir a «vivência» da pena.

<sup>(130)</sup> Cfr. C. ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 176, e *RPCC*, p. 529. Também, no mesmo sentido, LUZON PEÑA, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, p. 46.

Quanto à primeira condição, o legislador utilizou a expressão «anomalia psíquica», tal como fez em sede de inimputabilidade, para assim o elemento biopsicológico poder ser integrado quer pelas doenças mentais em sentido estrito ou psicoses, quer por anomalias psíquicas, como as deficiências mentais, as reacções psicogénicas anormais e as personalidades anormais — anomalias psíquicas em sentido estrito<sup>(131)</sup>. Mas outras razões podem ainda ser aduzidas: no campo médico-científico reina ainda hoje a maior incerteza, tanto ao nível terminológico como ao nível da determinação dos efeitos sobre o intelecto e a vontade do sujeito que a cada tipo de anomalia devem, em abstracto, atribuir-se; o conhecimento científico evolui neste domínio com grande rapidez, pelo que qualquer elenco correria o risco de se tornar ultrapassado ou se tornar mesmo obsoleto a breve prazo<sup>(132)</sup>.

Contudo, como assinalámos<sup>(133)</sup>, este elemento, cuja averiguação cabe em exclusivo ao perito médico-legal, é insuficiente: o tribunal — o da condenação ou o da execução — terá ainda que concluir se aquela anomalia psíquica priva o delinquente de apreender o sentido da pena concreta que se quer executar ou que já está em execução. Este juízo cabe, na verdade, ao tribunal, até pela necessária ligação à pena concreta em causa, não sendo contudo de desprezar, antes de

<sup>(131)</sup> Cfr. *supra*, p. 43.

<sup>(132)</sup> Estas três razões foram apontadas por Figueiredo Dias (*Jornadas de Direito Criminal*, p. 75 s.), por referência ao art. 20.º do CP, apontando o Autor uma quarta razão: ter-se-á querido «dar a entender que — seja embora o elemento biopsicológico imprescindível, como na verdade é, à verificação em concreto de uma inimputabilidade — decisivo será sempre o efeito normativo que ao substrato biopsicológico há-de estar ligado». Esta afirmação não deixa esconder a crítica que habitualmente é feita a uma noção tão genérica como a de «anomalia psíquica». Na verdade, diz-se que a um alargamento do elemento biopsicológico corresponde uma desvalorização deste mesmo elemento a favor do efeito normativo. Assim, FIGUEIREDO DIAS, *O Direito Penal em Acção numa Sociedade em Evolução*, p. 153, e CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, I, p. 189. Ainda sobre as razões da utilização da expressão «anomalia psíquica», v. *Actas, BMJ*, 143, p. 21.

Saliente-se ainda que, segundo Beza dos Santos (*RLJ*, ano 69.º, p. 369 ss.) e também, Eduardo Correia (*Direito Criminal*, I, p. 347 ss.), já no direito anterior, na falta de indicações no CP de 1886 sobre o significado das palavras «loucura» e «louco», sinónimas de «alienado» e «alienação» também utilizadas neste diploma legislativo, a doutrina e a jurisprudência deram sempre um alcance largo às expressões — qualquer doença ou insuficiência mental de que possa resultar a falta de imputabilidade penal —, vindo a RP de 36 a receber este entendimento, ao utilizar no art. 147.º a expressão «anomalias mentais que privam da imputabilidade penal».

<sup>(133)</sup> Cfr. *supra*, p. 46.

destacar, os contributos que para esse juízo pode acarretar a perícia psiquiátrica realizada <sup>(134)</sup>, na qual podem participar especialistas em psicologia e criminologia (art. 159.º, n.º 1, do CPP de 1987); participação que pode ser particularmente frutuosa nesta matéria, pois para além da questão da capacidade de compreensão da pena, poder-se-á colocar a da perigosidade criminal do delinquente, categoria que não podemos, nem devemos, fazer depender unicamente de uma análise da vida mental do delinquente, mas pelo contrário de uma análise global da personalidade do mesmo, o que é processualmente admissível através da perícia sobre a personalidade do delinquente (art. 160.º do CPP).

Quando pensamos no juízo sobre a capacidade de apreensão da pena, merecem ainda uma referência especial os arts. 368.º e 369.º do CPP. Distinguindo a «questão da culpabilidade» da «questão da determinação da sanção», não traduzindo, contudo, a adopção do sistema da «césure» do julgamento penal <sup>(135)</sup>, aquelas disposições vêm a permitir um afrontamento mais completo da última questão — questão onde também se inscreve a decisão de internamento ou não do imputável portador de anomalia psíquica sobrevinda antes de a execução da pena ter tido início —, com a consequente possibilidade de reabertura da audiência para produção de prova suplementar se necessária (art. 371.º) <sup>(136)</sup>.

Fica assim excluída da declaração de incapacidade de compreensão da pena, a anomalia psíquica posterior à prática do crime com os efeitos previstos no art. 103.º Nesta hipótese, continua a execução da pena, verificando-se, eventualmente, uma mudança de estabelecimento para fazer face a «prejuízos de carácter penitenciário» <sup>(137)</sup>.

### 3.1. O direito penal português anterior ao CP de 1982

Quer o CP de 1852, quer o de 1886 prescreviam nos arts. 93.º e 114.º, respectivamente: «Nos loucos, que cometerem crimes em lúcidos intervalos, se executarão as penas quando eles estiverem nos mesmos lúcidos intervalos.

<sup>(134)</sup> Sobre psiquiatria forense — ciência auxiliar do direito que estabelece e define os elementos necessários ao fundamento da opinião médica que informa o juiz a respeito da aplicação da lei aos portadores de doenças e anomalias mentais, segundo a definição de Pedro Polónio — v., deste Autor, *Psiquiatria-Medicina da Pessoa*, p. 603 ss.

<sup>(135)</sup> Sobre este sistema e as críticas de que é alvo, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, p. 278 ss.

<sup>(136)</sup> Estas considerações valem também relativamente ao art. 103.º: o art. 371.º também se revela de grande utilidade para a decisão de cumprimento da pena num estabelecimento destinado a inimputáveis.

<sup>(137)</sup> Cfr. *supra*, p. 17 ss.

§ único. Nos que enloquecerem depois de cometido o crime, se sobreestará, ou no processo de acusação, ou na execução da pena, até que eles recuperem as suas faculdades intelectuais».

Disposição paralela existia também no Projecto de Levy-Maria Jordão — art. 147.º, n.º 3: «A execução de qualquer pena suspender-se-ha: Quando ao condenado (...) sobrevier afecção mental que o prive do exercício das suas faculdades intellectuales, e emquanto ella durar, embora haja intervalos lucidos».

Contudo, o alcance daquela disposição de 1886 é distinto, consoante o momento temporal em referência seja anterior ou posterior à RP de 1936: antes desta, a suspensão dos termos do processo ou da execução da pena ocorria pela simples existência de uma anomalia mental, enquanto que depois dela importa também averiguar se a anomalia psíquica leva ou não à suspensão da execução da pena ou dos termos do processo. Numa palavra, só com a RP de 1936 é que a incapacidade de compreensão da pena está umbilicalmente ligada à razão que impõe a sua consideração — a efectiva concretização dos efeitos das penas.

Queremos dizer que o efeito de suspensão da execução da pena, antes da RP de 1936, decorria simplesmente da conclusão no sentido de um estado de loucura afectar o delinquente, não querendo isto significar, contudo, que não se exigisse também uma certa gravidade ou grau da doença. A esta situação correspondia, no plano da anomalia psíquica contemporânea da prática do crime, o «paradigma biopsicológico da imputabilidade», na expressão de Figueiredo Dias <sup>(138)</sup>; paradigma de que os arts. 42.º, n.º 2, e 43.º, n.º 2, eram manifestação clara — «Não são susceptíveis de imputação: os loucos que não tiverem intervalos lúcidos»; e «não têm imputação: os loucos que embora tenham intervalos lúcidos, praticarem o facto em estado de loucura», respectivamente. Estas disposições ancoravam na ideia em como «somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência» — art. 26.º do CP de 1886, correspondente ao art. 22.º do CP de 1852 e também ao art. 28.º do Projecto de CP de 1861 que consagrava o princípio segundo o qual a responsabilidade criminal assenta na inteligência e na liberdade <sup>(139)</sup>.

<sup>(138)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *O Direito Penal em Acção numa Sociedade em Evolução*, p. 149. Para uma caracterização deste paradigma, v., *loc. cit.*, p. 148 ss.

<sup>(139)</sup> Beleza dos Santos (*RLJ*, ano 69.º, p. 385 ss.) e Eduardo Correia (*Direito Criminal*, I, p. 350 ss.) defendem, contudo, que a lei não parte de um critério estritamente biológico da imputabilidade, como a letra dos arts. 42.º, n.º 2, e 43.º, n.º 2, faz supor, até por referência à lei francesa — «não há crime ou delito quando o acusado se encontrava em estado de demência ao tempo da acção» (art. 64.º do Código de 1810) — inspiradora do CP de 1852. Os dois autores socorrem-se do art. 11.º da Lei de 3 de Abril de 1896 — «Os peritos deve-

Seguindo Figueiredo Dias, a inimputabilidade assentava num «fundamento somático — numa 'doença' em sentido estrito, permanente ou intermitente<sup>(140)</sup>», ainda e sempre *biopsicologicamente* comprovável». Do mesmo passo, a suspensão da execução da pena, em virtude de loucura sobrevinda, dependia exclusivamente do pressuposto biopsicológico.

Já depois da RP de 1936, a situação é paralela à do «paradigma normativo da doutrina da imputabilidade»<sup>(141)</sup>. E queremos concluir do paralelismo apenas o seguinte: se, à luz deste «paradigma» não é suficiente o fundamento biopsicológico da negação da imputabilidade, antes sendo também necessário — senão fundamental — o fundamento normativo (capacidade do agente para avaliar a ilicitude do facto ou para se determinar de acordo com essa avaliação), relativamente à suspensão da execução da pena o que passa a importar também avaliar é se a anomalia mental impede a execução da pena, no sentido de nesta não se poderem realizar as finalidades desta reacção criminal.

A conclusão acabada de avançar resulta de uma análise dos arts. 121.º e 147.º, n.º 2, da RP de 1936. O primeiro — «As prisões-asilos destinam-se ao cumprimento das penas privativas de liberdade dos delinquentes penalmente imputáveis afectados de anomalia mental, aos quais seja prejudicial o regime das prisões comuns ou que se tornem prejudiciais aos reclusos sujeitos a este regime» — situa-se temporalmente no momento de ser proferida a sentença condenatória e, portanto, abarca quer a hipótese de a anomalia psíquica, conquanto contemporânea da prática da infracção não ter levado à declaração de inimputabilidade penal, quer aquela outra de a anomalia ser posterior a tal prática. Tem ainda aplicação, de acordo com o art. 126.º, se a doença ou insuficiência mental for conhecida depois da sentença condenatória, disposição que não abarca a hipótese de a anomalia mental ser contemporânea da prática do crime, mas ter sido desconhecida até à sentença condenatória, pois em situações destas há fundamento para o recurso de revisão (cfr. arts. 131.º e 673.º do CPP de 1929).

rão declarar se o indivíduo padece de loucura permanente ou transitória e praticou o facto sob a influência daquele padecimento, estando privado da consciência dos próprios actos ou inibido do livre exercício da vontade» —, chegando Eduardo Correia (*ob. cit.*, p. 353) a afirmar, relativamente a esta norma, que «não pode deixar de entender-se que supõe uma interpretação autêntica das respectivas disposições do Código Penal sobre a imputabilidade».

<sup>(140)</sup> Nesta situação, se o crime fosse cometido numa ocasião de lucidez, a pena só seria executada quando o delinquente estivesse num intervalo lúcido (art. 114.º do CP de 1886).

<sup>(141)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *O Direito Penal em Acção numa Sociedade em Evolução*, p. 151 ss.

O segundo — «Os manicómios criminais destinam-se: Ao internamento dos delinquentes perigosos, a quem tenha sobrevivido anomalia mental, durante a execução da pena, que determine a suspensão desta» —, situando-se temporalmente depois da sentença condenatória parece sobrepor-se à hipótese contemplada no art. 126.º Poder-se-ia dizer que a diferença de regimes — internamento em prisão-asilo e internamento em manicómio criminal — decorre de os arts. 121.º e 126.º pressuporem uma anomalia mental surgida depois da prática do crime e antes da sentença condenatória, embora aquela não tivesse sido conhecida nesta — hipótese em que já não há recurso de revisão —, enquanto que o art. 147.º, n.º 2, pressupõe que a anomalia mental surja já depois da sentença condenatória. Contudo, não vemos como é que a circunstância de a anomalia surgir antes ou depois daquela sentença possa justificar uma tão grande diferença de regimes: num caso sempre se trataria do cumprimento de uma pena; noutro da execução de uma medida de segurança.

O que verdadeiramente distingue as duas situações é a circunstância de num caso a anomalia levar à suspensão da execução da pena — arts. 147.º, n.º 2, da RP de 36 e 114.º, § único, do CP de 1886 — e noutro não ter a consequência de tornar insusceptível o sofrimento da pena, utilizando aqui palavras de Beleza dos Santos<sup>(142)</sup>.

Esta solução não é de estranhar numa Reforma como a de 1936, onde as preocupações preventivo-especiais levam à classificação dos delinquentes por referência às modalidades que a prevenção especial pode assumir: intimidação quando a pena baste como processo inibitório da prática de novos crimes; correcção quando a intimidação se revele insuficiente para integrar uma vontade moral no delinquente; eliminação do delinquente do convívio social sempre que ele se revele incapaz de ser um elemento adaptável<sup>(143)</sup>. Classificação esta que vai depois repercutir-se na criação de estabelecimentos prisionais distintos (arts. 7.º e 8.º) de que são exemplo a prisão-asilo e o manicómio criminal.

<sup>(142)</sup> Este Autor (*RLJ*, ano 70.º, p. 66, nota 5) aponta precisamente para a necessidade de se não confundir a culpa com a susceptibilidade de se sofrer uma certa pena. Esta refere-se à execução da pena e ao momento em que esta se efectiva; a primeira diz respeito ao momento da conduta do agente.

<sup>(143)</sup> Cfr. J. ROBERTO PINTO/ALBERTO A. FERREIRA, *Organização Prisional*, p. 11. Note-se, contudo, que na esteira da nossa tradição correcionalista, não há delinquentes incorrigíveis, mas simplesmente de difícil correcção, pelo que embora recebendo a visão tripartida de v. Liszt, Beleza dos Santos não aceitou, sem mais, a distinção entre delinquentes corrigíveis e incorrigíveis. Assim, EDUARDO CORREIA, sep. *BFD*, p. 17 s.

Num diploma com um artigo como o 29.º onde se afirma, expressamente, que «a execução das penas privativas de liberdade realizar-se-á por forma a conservar-lhes o necessário valor intimidativo» <sup>(144)</sup>, bem se compreende que se suspenda a execução da pena — com a consequência de o recluso ser internado no manicómio criminal, se for criminalmente perigoso —, sempre que a anomalia mental do condenado impeça a realização das finalidades visadas, ou seja, sempre que aquela torne o sentido da pena inapreensível para o recluso.

Se, não obstante a anomalia mental, ela não tiver como consequência a suspensão da execução, o recluso é internado na prisão-asilo — preenchidos os pressupostos do art. 121.º —, a cumprir a pena que lhe foi aplicada, pena que poderá ser prorrogada se ele se mostrar perigoso, por virtude da anomalia mental, e até que deva reputar-se inofensivo — art. 131.º <sup>(145)</sup>.

A mencionada sobreposição de normas, de onde concluímos o exposto e que não tem paralelo no direito substantivo anterior à RP de 1936, nomeadamente nas Leis de 4 de Junho de 1889 e de 3 de Abril de 1896 e no Decreto de 11 de Maio de 1911, aparece nitidamente no CP de 1886, integrado pela RPenal de 1954, o que constitui um argumento a favor da interpretação dada à RP de 1936. Assim o art. 114.º prescreve que nos manicómios criminais são internados aqueles que enlouqueceram *depois da condenação* e aqueles a quem a loucura sobrevier durante o cumprimento da pena, até recobrem a integridade mental; na prisão-asilo são internados os delinquentes imputáveis, criminalmente perigosos em razão da anomalia mental, anterior à condenação ou *sobrevinda* após esta — art. 68.º Posteriormente, também a RPenal de 1972 assume a sobreposição aparente, como decorre dos arts. 68.º e 72.º, n.º 2, do CP.

<sup>(144)</sup> Este princípio tem uma aplicação muito clara na figura dos presos indisciplinados — aqueles que se mostram inadaptáveis ao regime comum e de *difícil correcção*, pelo que são internados em prisões para criminosos de difícil correcção (art. 111.º). Assim, VITOR FAVEIRO, *Prevenção Criminal. Medidas de Segurança*, p. 168, para quem a expressão «e de difícil correcção» tem a «particularidade aproveitável de esclarecer que para a declaração de delinquente indisciplinado, não basta a inadaptabilidade ao regime prisional, ou seja a disciplina meramente regulamentar ou funcional, sendo necessária a ineficácia da pena, cumprida nesse regime, para a produção do efeito intimidativo e de readaptação social do delinquente que o art. 29.º impõe como orientação de regimes».

<sup>(145)</sup> Situações em que estamos perante uma medida de segurança pré-delitual. Cfr. *supra*, nota 36.

### 3.1.1. Os efeitos processuais da anomalia psíquica posterior à prática do crime

A circunstância de, a partir da RP de 1936, ser admissível o internamento em prisão-asilo dos imputáveis portadores de anomalia mental posterior à prática da infracção, mas *anterior à sentença condenatória*, coloca a questão de saber quais, afinal, os efeitos processuais da anomalia psíquica sobrevinda. E a questão é tanto mais pertinente quanto o CPP de 1929 regula exaustivamente a matéria num incidente processual denominado, precisamente, «da alienação mental do réu» (arts. 125.º e segs.) e que Luís Osório <sup>(146)</sup> justifica por apelo a necessidades: do direito substantivo — a averiguação da sanidade mental é um elemento necessário para se afirmar a responsabilidade penal; do direito adjectivo — a averiguação da sanidade mental é um dos elementos necessários para o andamento do processo, uma vez que um alienado não pode defender-se; e do direito administrativo <sup>(147)</sup> — a averiguação da sanidade mental é um dos elementos necessários para se poder executar a pena.

Processualmente, pois, a alienação mental implica uma causa de incapacidade processual — ela impede o arguido de «participar com plena autonomia e esclarecimento nos actos do processo» <sup>(148)</sup> —, com a consequência genérica de se sobreestar no processo de acusação — art. 114.º, § único, do CP de 1886 — ou suspender a execução do despacho de pronúncia ou equivalente, bem como os termos ulteriores do processo até que o arguido recupere o pleno gozo das suas faculdades mentais — art. 130.º, § único, do CPP de 1929.

Parece-nos, contudo, que não podemos reduzir as consequências processuais da anomalia mental sobrevinda à incapacidade processual do arguido, o que se torna claro com a RP de 1936. A partir desta e para dar conteúdo útil às suas

<sup>(146)</sup> Cfr. LUIS OSÓRIO, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, II, anotação ao art. 125.º

<sup>(147)</sup> Aqui está presente uma certa concepção da execução da consequência jurídica decretada no processo penal: esta teria uma índole inteiramente administrativa. Sobre isto e em sentido contrário cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1988-9, Nm. 20 s. A esta caracterização não é alheia a evolução histórica da execução da pena e, concretamente, o momento em que ela é entregue às autoridades administrativas por se considerar, no dizer de M. Foucault (*Vigiar e Punir*, p. 15), que a execução é «como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado».

<sup>(148)</sup> Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, p. 165. O Autor distingue uma capacidade formal ou abstracta para ser em geral réu criminal de uma capacidade concreta para ser réu num processo determinado, aquela que está em causa no art. 130.º, § único, do CPP de 1929. No mesmo sentido, JOSÉ ANTONIO BARREIROS, *Processo Penal-1*, p. 398 ss.

disposições — há casos de anomalia mental que não acarretam a suspensão dos termos do processo — tem de aceitar-se que a suspensão destes só ocorra quando a anomalia mental seja tal que impeça a realização das finalidades da pena que eventualmente venha a aplicar-se, ou seja, em casos paralelos àqueles que justificam a suspensão da execução da pena e o internamento em manicómio judiciário e não em prisão-asilo. Assim sendo, a consequência processual da suspensão justifica-se também à luz de uma ideia de incapacidade de compreensão da pena, conclusão que tem apoio no seguinte: o efeito processual está previsto na própria legislação penal — art. 114.º, § único, do CP de 1886, o que pode indiciar o carácter não processual da justificação; o CPP de 1929, ao prescrever as consequências da falta de integridade mental do arguido posterior à prática da infracção — suspensão da execução do despacho de pronúncia ou equivalente, bem como dos termos ulteriores do processo, *incluindo a execução da sentença e cumprimento da pena*, até que o recluso recupere o pleno uso das suas faculdades mentais — parece pressupor uma razão não processual, já que não é razoável ditar a consequência da suspensão da execução da sentença e cumprimento da pena com fundamento numa incapacidade processual<sup>(149)</sup>, sendo certo que o inverso já é verdadeiro — à luz da ideia de incapacidade de compreensão da pena é justificável a solução de suspensão dos termos do processo.

Ao abordarmos desta forma a matéria atinente às repercussões processuais da anomalia psíquica sobrevinda depois da prática da infracção, afastamo-nos do entendimento tradicional de que estaríamos somente em face de uma incapacidade processual, alicerçada no direito de defesa do arguido e na necessidade de participação pessoal do mesmo<sup>(150)</sup>; incapacidade à qual corresponderia a suspensão dos termos do processo. Que esta incapacidade não acarreta necessariamente a consequência da suspensão do processo pressupõe-o o CPP português de 1987, diferentemente do também recente CPP italiano que, no seguimento do direito anterior, continua a prescrever aquela consequência, se se concluir que o estado mental do arguido o impede de *participar conscientemente* (arts. 70.º e 71.º). E não a acarreta se o ordenamento processual estiver dotado de mecanismos de suprimento dessa mesma incapacidade e der garantias de uma cabal tutela do direito de defesa do arguido.

<sup>(149)</sup> Luís Osório (*Comentário ao Código do Processo Penal Português*, II, anotação ao art. 130.º) considera que estamos perante uma incapacidade do réu para ser objecto da execução da sentença.

<sup>(150)</sup> Assim, CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, p. 165; F. CORDERO, *Procedura Penal*, p. 77 s.; R. KOSTORIS, *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, I, anotação ao art. 70.º

Assim, nos termos do art. 64.º, n.º 1, alínea c), é obrigatória a assistência do defensor *em qualquer acto processual*, sempre que se suscitar a questão da inimputabilidade ou imputabilidade diminuída do arguido, disposição que, extensivamente interpretada, quer significar que tal assistência obrigatória vale para todos os casos de anomalia psíquica e, portanto, também para a anomalia contemporânea da prática da infracção ou sobrevinda<sup>(151)</sup>. No que diz respeito à audiência de julgamento, o art. 334.º, n.ºs 2 e 3, constitui uma excepção à regra da presença do arguido (cfr. art. 332.º), quando este se encontrar praticamente impossibilitado de comparecer por doença grave, hipótese em que o arguido é representado, para todos os efeitos possíveis, pelo defensor.

Esta solução de suprimento da incapacidade processual do arguido, através da representação do defensor — via que encontramos também no direito processual penal alemão (especialmente § 140.º do CPP — obrigatoriedade de defensor) — ganha ainda mais consistência se recordarmos que, entre nós, o defensor é um órgão de administração da justiça *actuando exclusivamente no interesse do arguido*, não sendo, por conseguinte, um colaborador da realização do interesse do Estado<sup>(152)</sup>.

A solução do actual direito processual penal português encontra justificação ainda noutras razões, valendo estas também para afastar o efeito da suspensão dos termos do processo quando se conclua que a anomalia psíquica tem o efeito de tornar inapreensível o sentido da pena que venha a ser aplicada. Desde logo, razões atinentes às finalidades do processo penal<sup>(153)</sup> e à finalidade de prevenção geral de integração que à pena é apontada.

Objectivo inegável do processo penal é a obtenção da verdade material, finalidade que se liga de forma inequívoca à exigência de um não distanciamento temporal em relação aos factos, o qual, por seu turno, potencia o efeito de prevenção geral do sistema penal, já que este depende, em larga medida, do lapso de tempo dentro do qual a punição venha a ter lugar<sup>(154)</sup>.

<sup>(151)</sup> Chegamos à mesma conclusão, por referência ao n.º 2 do mesmo artigo, por este permitir ao tribunal, para além dos casos expressamente referidos, a nomeação de defensor, sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou a conveniência de o arguido ser assistido.

<sup>(152)</sup> Sobre este estatuto processual do defensor no novo CPP, v. FIGUEIREDO DIAS, *Jornadas de Direito Processual Penal*, p. 11. Em sentido divergente, v. CUNHA RODRIGUES, *RPCC*, 1991, p. 86 ss.

<sup>(153)</sup> Sobre as finalidades do processo penal, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1988-9, Nm. 29 ss.

<sup>(154)</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Nova Justiça Penal*, p. 222, citando Montesquieu. Mas também já BELEZA DOS SANTOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, p. 275, apoiando-se em Tucídides, Plutarco e Exner.

Do ponto de vista estrito da finalidade de prevenção geral positiva, poder-se-á concluir que não há reafirmação da validade da norma violada anos volvidos sobre a prática do crime, sendo certo, contudo, que alguns passos podem ser dados no sentido dessa reafirmação através da sentença condenatória. É precisamente porque se pressupõe que as fases da aplicação da pena e da execução da mesma são alheias àquela finalidade, estando antes voltadas para a retribuição e a prevenção especial, respectivamente, que pode encontrar justificação uma solução de suspensão do processo por incapacidade processual do arguido ou por incapacidade de compreensão da pena. Se, diferentemente, se considerar que da sentença condenatória já podem ser retirados alguns efeitos de prevenção geral positiva, então sim, já tem sentido aplicar uma pena a um indivíduo portador de uma anomalia psíquica, ainda que essa pena não vá ser executada de imediato <sup>(155)</sup>.

A finalidade processual penal do restabelecimento da paz jurídica do arguido, com especial destaque para o direito que lhe é garantido de ser julgado no mais curto prazo possível compatível com as garantias de defesa (art. 32.º, n.º 2, parte final, da CRP), justifica também a solução consagrada entre nós; solução à qual também não é alheia a finalidade de restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime.

Diga-se ainda que o actual direito processual penal português alicerça-se na garantia constitucional da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da decisão (art. 32.º, n.º 2, da CRP), a qual não é compatível com uma suspensão do processo umbilicalmente ligada ao internamento em estabelecimento psiquiátrico até cessar a causa que lhe deu origem — *v. g.*, art. 73.º do CPP italiano <sup>(156)</sup>.

Em Portugal, por interpretação extensiva do art. 132.º do CPP de 1929, o arguido era internado num manicómio criminal — se fosse criminalmente perigoso — ou entregue à família, podendo o juiz autorizar o internamento. Na verdade, a lei não previa expressamente o destino a dar aos indivíduos cujo processo era suspenso, defendendo-se a interpretação extensiva do artigo mencionado, ou a aplicação por analogia <sup>(157)</sup>. Pensamos, contudo, que teria sido mais correcta a aplicação do art. 137.º do CPP de 1929, embora as consequências fossem as mesmas, pois este contemplava a hipótese de anomalia mental surgida já na execução da pena e, portanto, tanto num caso como noutra a anomalia seria posterior à prática do crime. Era uma solução equivalente a esta — internamento nas

<sup>(155)</sup> Cfr. *supra*, p. 55 s.

<sup>(156)</sup> Cfr. *supra*, p. 19, sobre as consequências de um internamento deste tipo.

<sup>(157)</sup> Cfr. *RLJ*, ano 65.º, p. 278 ss.

enfermarias anexas às penitenciárias ou nas enfermarias especiais do hospital de Lisboa — a dada pelas Leis de 4 de Junho de 1889 e 3 de Abril de 1896 (arts. 5.º, §§ 1.º, n.º 3, e 2.º, n.º 1, e 13.º, n.º 2, respectivamente).

### 3.2. O direito penal positivo português actual

A dimensão da «impressão da pena», à qual se liga a exigência de o delinquente dever compreender a pena que lhe é aplicada é uma dimensão irrenunciável, do ponto de vista da concretização das finalidades da pena sugeridas pelo ordenamento jurídico português.

Nesta matéria assume um relevo muito importante a consideração da CRP, enquanto nela está pressuposto um certo modelo de Estado de Direito — um certo modelo de intervenção penal <sup>(158)</sup> — e contém preceitos com imediato relevo político-criminal. Assim, o art. 18.º, n.º 2, «vinculando a uma estrita analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais e subordinando toda a intervenção penal a um estrito princípio de necessidade», se evidencia o carácter subsidiário e fragmentário daquela intervenção também sugere, por isso mesmo, que só razões preventivas, nomeadamente de prevenção geral e de prevenção especial possam justificar a aplicação de reacções criminais, com o que ficam afastadas finalidades de retribuição e expiação. Isto sem prejuízo da relevância do princípio da culpa, pois deste há-de sempre esperar-se a função de limitar as exigências preventivas, para deste modo ser dado cumprimento ao mandamento constitucional de protecção da dignidade da pessoa humana, nota também característica do modelo de Estado de Direito pressuposto na Lei fundamental <sup>(159)</sup> <sup>(160)</sup>.

É também este modelo — Estado de Direito material de cariz social e democrático — que, ao introduzir um ponto de vista puramente racional, relativamente à função do direito penal — a este cabe a protecção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos — sugere que a função de prevenção geral seja a posi-

<sup>(158)</sup> Neste sentido MIR PUIG, *DocP*, p. 525 ss. Também FIGUEIREDO DIAS, *ROA*, 1983, p. 6 ss.

<sup>(159)</sup> Seguimos FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 814 ss. e 823. V., ainda, do Autor, *ROA*, 1983, p. 15 ss., e *RPCC*, 1991, p. 17 ss.

<sup>(160)</sup> Sobre a fundamentação axiológica do princípio da culpa na dignidade da pessoa humana e o seu reconhecimento como princípio de emanação jurídico-constitucional, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 238 ss. Também FARIA COSTA, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, p. 356, nota 8, e SOUSA E BRITO, *Estudos sobre a Constituição*, p. 199.

tiva, a de integração, pois só deste modo, só através do reforço da consciência jurídica comunitária e não através da pura intimidação dos delinquentes e dos potenciais delinquentes, o que, de resto poderia levar ao desrespeito do princípio da culpa, é lograda, cabalmente, a função de tutela das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Por outro lado, a nota da socialidade impõe ao Estado que este ofereça ao delinquente, em compensação, um programa de socialização — cujo objectivo se cinge ao oferecimento das condições necessárias para que no futuro prossiga a sua vida sem cometer crimes —, pelo que é também de destacar a finalidade de prevenção especial de socialização <sup>(161)</sup>.

Na execução da pena, momento ao qual ligamos a aludida «impressão da pena», há-de repercutir-se o entendimento acabado de expor sobre as finalidades desta sanção sugeridas pelo ordenamento jurídico constitucional. Ou seja, esta fase da administração da justiça penal deve ser entendida como resposta às finalidades de prevenção geral positiva e de prevenção especial. E se esta afirmação pode ser justificada pela circunstância de a execução da pena ser um momento irrenunciável da própria prevenção geral positiva, ela encontra ainda a sua razão de ser numa ideia de «funcionalidade do sistema penal»: se cada um dos sub-sistemas — a cominação legal <sup>(162)</sup>, a determinação judicial <sup>(163)</sup> e a execução da

<sup>(161)</sup> Seguimos ainda FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 814 e 817, e ROA, 1983, p. 28 ss.

<sup>(162)</sup> No sentido de, na própria cominação, a lei apelar a exigências de prevenção especial, quando tradicionalmente nela valeriam apenas considerações de prevenção geral, ANABELA RODRIGUES, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 25 ss. A Autora, abordando a questão no contexto da «disfuncionalidade do sistema do direito penal», justifica o princípio-regra da substituição da pena de prisão até seis meses por pena de multa, consagrado no art. 43.º do CP — bem como, em geral, o rico catálogo de penas de substituição que este código nos oferece e em relação às quais o art. 71.º manifesta clara preferência —, à luz de pontos de vista de prevenção especial.

<sup>(163)</sup> Figueiredo Dias, ao defender que «o processo de medida da pena é (e só pode ser) um puro derivado da posição tomada pelo ordenamento jurídico-penal em matéria de sentido, limites e finalidades da aplicação das penas» constrói, em consequência, um modelo de determinação concreta da pena, onde têm particular destaque a prevenção geral de integração e a prevenção especial, sendo destinado à culpa um papel limitador das exigências preventivas (*Direito Penal 2*, § 8.º, Nm. 3 e 23 ss.). Também a teoria do espaço de liberdade ou da moldura da culpa, teoria muito seguida pela doutrina alemã, em sede de determinação da pena, subscreve a posição dos que apelam a considerações de prevenção geral nesta fase de administração da justiça penal: a pena adequada à culpa, ao ser sentida como uma pena justa, realiza a finalidade de prevenção geral positiva; o *quantum* concreto de pena, ainda que

pena — constituem uma resposta às mesmas exigências — de prevenção geral positiva e de prevenção especial, segundo a constituição político-criminal portuguesa —, então ter-se-ão diminuído as «disfuncionalidades do sistema penal».

O acabado de afirmar inscreve-se numa visão do direito penal como um sistema — «o sistema do direito penal» <sup>(164)</sup> —, composto por diversos sistemas parciais, sub-sistemas, ou esferas de actividade (*v. g.*, cominação legal, imposição e execução da pena); visão, tributária da sociologia funcionalista de Parsons e Merton e, sobretudo, da «teoria dos sistemas» de Luhmann <sup>(165)</sup>.

No essencial, pretende-se mostrar que se estes sub-sistemas têm exigências ou características contrapostas, então ocorrem «disfuncionalidades» no sistema do direito penal, ou seja, há conflitos, contradições e falta de harmonia dentro do sistema globalmente considerado. Hassemer exemplifica com as penas concretamente determinadas: estas podem ser muito longas ou muito curtas, do ponto de vista da execução da pena, quando estes sistemas parciais prosseguem finalidades diferentes, concretamente a retribuição e a prevenção especial de socialização. Bacigalupo evidencia, para mostrar as disfuncionalidades do sistema penal, que os pressupostos da pena são determinados por critérios próprios da teoria retributiva, enquanto a execução penal é dirigida a um tratamento ressocializador; o limite da pena assenta na culpa do autor e, por outro lado, faz-se exigências de prevenção especial; o direito penal substantivo proclama o fim da ressocialização enquanto o processo penal está dominado pela com-

excepcionalmente inferior ao limite mínimo da culpa, não pode ir contra as exigências decorrentes da prevenção geral positiva, sob a forma de defesa do ordenamento jurídico (*v. C. ROXIN, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 93 ss., e FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, Nm. 18 ss.). São também considerações de prevenção geral positiva e de prevenção especial aquelas a que Anabela Rodrigues apela em matéria de escolha da pena (*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 35 ss.).

<sup>(164)</sup> Assim, W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, p. 59, e *Die Strafvollzugsreform*, p. 53; E. BACIGALUPO, *RIDP*, p. 16.

<sup>(165)</sup> Para Merton, «função» significa, precisamente, interdependência, relação recíproca, eficácia de uma instituição dentro do sistema, pelo que o funcional será um elemento que contribua para a manutenção do sistema e disfuncional um fenómeno que ameace a subsistência do mesmo. Parsons fala em complexos e fenómenos disfuncionais quando esses complexos se apresentam como factores perturbadores dentro do sistema social a que pertencem. O sistema é disfuncional quando contém esses complexos que se opõem à sua integração ou eficácia. A questão de quando resulta ineficaz um sistema depende, de um lado, do número, intensidade e importância intra-sistemática dos fenómenos disfuncionais e, por outro lado, da tolerância do sistema em face da disfuncionalidade. Cfr. LUZON PEÑA, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, p. 11.

provação da culpa. Luzon Peña afirma o conflito a partir de uma determinação concreta da pena feita segundo critérios de prevenção geral, ao lado de uma execução com preocupações de prevenção especial <sup>(166)</sup>.

Uma visão deste tipo tem essencialmente o mérito de alertar para o eventual surgimento da problemática da antinomia das finalidades das penas entre os diversos sub-sistemas e mostrar, assim, que não é suficiente pensar exclusivamente na harmonização das mencionadas finalidades dentro do próprio sistema parcial <sup>(167)</sup> <sup>(168)</sup>, como o têm feito certas teorias, através de uma hierarquização dessas finalidades: a teoria do espaço de liberdade, por exemplo, ao construir a moldura da culpa, elege assim como finalidade primeira da pena a retribuição, dando também realização à finalidade de prevenção geral de integração — toda a pena adequada à culpa, porque justa reforça a fidelidade da comunidade ao direito —, ao mesmo tempo que são satisfeitas as exigências de prevenção especial, por serem estas que, em última instância, vão determinar a medida concreta da pena dentro da moldura da culpa <sup>(169)</sup>.

Creemos que o mérito desta visão só pode ser este e o de arredar o entendimento de que na actividade de cominação legal deveriam valer exigências exclusivas de prevenção geral, na imposição judicial considerações retributivas e na execução da pena razões de prevenção especial. Não pois o mérito de apontar uma via segura para uma total funcionalidade do sistema penal, objectivo só alcançável depois da tentativa impossível de construção de um conceito universal, englobador de todas as finalidades da pena, conceito que valeria, então, em todas as esferas de actividade do sistema, tornando-o harmónico <sup>(170)</sup>. Ou, então, através da eleição de uma única finalidade, a de prevenção especial de socialização, por exem-

<sup>(166)</sup> Cfr. W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, p. 59; E. BACIGALUPO, *RIDP*, p. 16; e LUZON PEÑA, *Medicion da la Pena y Sustitutivos Penales*, p. 21. Também, MÜLLER-DIETZ *Aktuelle Probleme des Straf-und Massnahmen vollzugs*, p. 270.

<sup>(167)</sup> Assim, LUZON PEÑA, *Medicion da la Pena y Sustitutivos Penales*, p. 17.

<sup>(168)</sup> Este alerta é recebido por Roxin quando constrói aquilo que denomina «teoria unificadora dialéctica da pena»: a cada uma das fases essenciais da pena — imposição legal, determinação judicial e execução da pena — cabe uma finalidade distinta, pressupondo, contudo, a finalidade apontada na fase anterior. Desenvolvidamente, C. ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 26 ss. Não obstante existir aqui uma preocupação de harmonização dos diferentes «sub-sistemas», esta posição continua a privilegiar finalidades distintas relativamente a cada um deles.

<sup>(169)</sup> Cfr. W. HASSEMER, *Die Strafvollzugsreform*, p. 55 s.

<sup>(170)</sup> Assim, MÜLLER-DIETZ, *Aktuelle Probleme des Straf-und Massnahmen vollzugs*, p. 269 s.

plo, como é defendido por Bacigalupo, na sua proposta de pôr o direito penal de acordo com os objectivos da política criminal da ressocialização, meta ainda não atingida, na opinião do Autor, por o direito penal ser influenciado por uma teoria unificadora dos fins das penas, é dizer, por uma determinada articulação dos aspectos retributivo e preventivo <sup>(171)</sup>.

Creemos que quando, a partir de uma visão funcionalista, é apontada a conveniência de os diversos sub-sistemas do sistema global do direito penal responderem às mesmas exigências, isso acaba por ser expressão de uma outra realidade, a saber: as diversas esferas de actividade da administração da justiça penal hão-de ser (e só podem ser) expressão da posição tomada pelo ordenamento jurídico-penal em matéria de sentido, limites e finalidades da pena, asserção que encerra a vantagem de não se inscrever numa concepção funcionalista <sup>(172)</sup>.

### 3.2.1. As finalidades apontadas à execução da pena no ordenamento jurídico português

Que na execução da pena têm um relevo autónomo as exigências de prevenção geral positiva — o que vai contra o entendimento de nela valerem apenas considerações de prevenção especial, ou até de retribuição — é, de resto, um ponto de vista subscrito pela RP de 1979. Na verdade, do art. 2.º deste diploma resulta que a finalidade de prevenção especial de socialização, para que inequivelmente aponta o n.º 1, não detém o exclusivo nesta matéria, antes havendo uma partilha com a finalidade de prevenção geral positiva. Concretamente, a finalidade de prevenção especial de socialização está limitada por limiares mínimos de prevenção geral de integração ou de defesa da ordem jurídica <sup>(173)</sup>.

A circunstância de a finalidade de recuperação social do delinquentes estar limitada, na execução da pena, por exigências mínimas de prevenção geral posi-

<sup>(171)</sup> Desenvolvidamente, E. BACIGALUPO, *RIDP*, p. 15 ss.

<sup>(172)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 8.º, Nm. 3, relativamente ao processo de medida da pena. No sentido de as fases de ameaça, aplicação e execução deverem responder aos mesmos fins, já BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 77.º, p. 85 s. Neste sentido, também LUZON PEÑA, *Medicion de la Pena y Sustitutivos Penales*, p. 56 s.

<sup>(173)</sup> Expressamente neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 792, e *Direito Penal* 2, § 4.º, Nm. 21. Esta limitação da prevenção especial de socialização, pelas exigências da sociedade era já defendida por ANABELA RODRIGUES, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, p. 154 ss. e 164. Ainda sobre o art. 2.º da RP de 1979, v. EDUARDO CORREIA/ANABELA RODRIGUES/ÁLMEIDA COSTA, *Direito Criminal-III* (1), p. 117 ss.

tiva e de ser condição de concretização desta finalidade que o delinquente possa compreender a pena, permite-nos justificar a aplicação dos arts. 104.º e 105.º aos delinquentes não carentes de socialização <sup>(174)</sup> — certos delinquentes ocasionais e situacionais, por exemplo —, e àqueles para quem qualquer programa de socialização esteja, à partida, votado ao fracasso.

Quanto a estes últimos, a verdade é que sempre se poderá dizer não serem eles um problema, uma vez que o nosso CP parte do pressuposto de que não há «delinquentes imputáveis incorrigíveis, mas simplesmente de difícil correcção», o que se enquadra «na nossa tradição correcionalista» <sup>(175)</sup>. Mas permanece a situação dos não carentes de socialização, hipótese que comporta a aplicação de uma pena, em princípio coincidente com as exigências mínimas de prevenção geral positiva. Quanto a estes, pensamos dever fazer-se uma distinção: o grupo daqueles em relação aos quais ainda tem sentido falar em prevenção especial, na modalidade de advertência individual, e, portanto, em relação aos quais ainda se mantém a necessidade de compreensão da pena, do ponto de vista da prevenção especial; e o grupo em relação aos quais não faz qualquer sentido apelar à prevenção especial, mesmo no seu «limite mínimo de contenção» — *v. g.*, o caçador clandestino incapacitado fisicamente de voltar a caçar ou o autor ocasional por uma situação única de conflito não repetível <sup>(176)</sup>. Em relação a estes delinquentes — em relação aos quais «a pena estabelece unicamente a autoridade da lei violada» <sup>(177)</sup> — é que a aplicação dos mencionados arts. do CP é justificável exclusivamente por considerações de prevenção geral positiva, pois do ponto de vista da prevenção especial é de todo em todo indiferente que ao delinquente sobrevenha uma anomalia psíquica com o efeito de impedir a compreensão da pena, anulando a sensibilidade à pena e também a susceptibilidade para ser por ela influenciado.

<sup>(174)</sup> Para uma classificação dos delinquentes, *v. F. MANTOVANI, Diritto Penale*, p. 628 ss. No sentido de à delinquência não corresponder necessariamente uma exigência de ressocialização, antes devendo empregar-se este conceito de um modo «selectivo», MUÑOZ CONDE, *DocP*, p. 630 s.

<sup>(175)</sup> *Cfr. EDUARDO CORREIA, sep. BFC*, p. 25 s. *V. infra*, p. 74 s.

<sup>(176)</sup> Exemplos fornecidos por H. WELZEL, *Derecho Penal*, p. 239. C. Roxin (*Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 22) dá como exemplo o dos assassinos dos campos de concentração a viverem hoje, discreta e socialmente integrados, o que demonstra a desnecessidade de socialização. Tão-pouco existe em relação a eles o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados.

<sup>(177)</sup> Palavras de *v. Liszt*, relativamente aos delinquentes ocasionais, citadas por EDUARDO CORREIA, *sep. BFD*, p. 16.

### 3.2.2. Os arts. 20.º, n.º 3, 72.º, n.º 2, e 76.º, n.º 1, do CP

É ainda em pontos concretos do direito penal contido no CP de 1982, onde vamos encontrar espaço para a exigência de capacidade de compreensão da pena. E um dos exemplos é o que resulta do art. 20.º, n.º 3, ao prescrever que a «comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas» constitui índice da situação prevista no n.º 2 do mesmo artigo — situação de inimputabilidade.

Esta disposição é de estranhar, no contexto de uma lei como a portuguesa que não ligou o efeito normativo da anomalia psíquica à incapacidade de o delinquente sofrer a pena, à inidoneidade da personalidade para ser influenciada pela pena, como defenderam, entre outros, *v. Liszt e Engisch* <sup>(178)</sup> <sup>(179)</sup>. E esta afirmação vale se recordarmos aqui que do art. 20.º, n.º 1, decorre a exigência de ligarmos a imputabilidade a um ilícito típico concreto e ao momento em que este foi praticado, exigência incompatível com um critério que veja a essência da inimputabilidade relacionada com a natureza e o fim da pena <sup>(180)</sup>.

No entanto, é inegável que a nossa lei sofre uma influência deste critério <sup>(181)</sup>, enquanto pressupõe que o delinquente possa ser influenciado pela pena, pena essa que é uma consequência jurídica aplicada ao agente da prática de um crime, considerado imputável a partir de outros pressupostos.

E esta conclusão não é de estranhar, tanto mais quanto subjacente ao pensamento de Eduardo Correia está a crença na corrigibilidade dos delinquentes aos quais é aplicada uma pena, o que não significa, contudo, que seja aplicada uma pena a todos os delinquentes imputáveis, mas sim que se aplica uma pena somente aos imputáveis corrigíveis. Conclusão a retirar das próprias palavras de Eduardo Correia, quando ao delimitar o âmbito de aplicação do art. 18.º do *Projecto* de 63, artigo correspondente ao art. 20.º, n.º 2, do CP de 1982, integra aí os casos denominados de imputabilidade diminuída criminalmente perigosa e os *delinquentes habituais que se considerem incorrigíveis*, no sentido de não serem

<sup>(178)</sup> *V.*, com indicações bibliográficas, EDUARDO CORREIA, *sep. BFD*, p. 26, nota 2, e 31 s.; FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 193, nota 67.

<sup>(179)</sup> No entanto, Figueiredo Dias (*Jornadas de Direito Criminal*, p. 76) considera, em face do n.º 3 do art. 20.º, que o efeito normativo escolhido pela nossa lei possa ser a incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas, muito embora reconheça as dificuldades de compatibilização desse critério com a exigência de a inimputabilidade dever ligar-se ao ilícito típico concreto e ao momento da prática deste (*cfr. infra*, nota 180).

<sup>(180)</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, p. 196, nota 73.

<sup>(181)</sup> Influência reconhecida por EDUARDO CORREIA, *sep. BFD*, p. 32 s.

influenciáveis pela censura e pela pena, delinquentes considerados então inimputáveis e aos quais é aplicada uma medida de segurança, se criminalmente perigosos (182) (183).

A solução contida no art. 20.º, n.º 3, deve ser entendida a partir de dois pontos de vista essenciais: ela é expressão da ideia básica de que a pena pressupõe que o delincente a quem é aplicada seja capaz de a compreender, ao mesmo tempo que traduz uma forma de fazer face a exigências preventivas que não seriam satisfeitas com a aplicação exclusiva de uma pena.

Relativamente ao primeiro aspecto, esta solução de não aplicar uma pena a quem se reputa não influenciável por ela, não é de todo em todo estranha no plano do direito comparado. Como já tivemos oportunidade de referir (184), o direito penal suíço actual conhece uma disposição, cujas raízes vêm do *Projecto Stooss*, que permite substituir a execução de uma pena pela execução de uma medida de segurança, precisamente no caso dos delinquentes habituais, delinquentes não influenciáveis pela pena. A solução do art. 20.º, n.º 3, constitui assim um caso em que o juízo no sentido da incapacidade de compreensão da pena não está condicionado pelo elemento biopsicológico, elemento necessário em face dos arts. 104.º e 105.º, ao mesmo tempo que, diferentemente do que acontece nestes, não há sequer a aplicação de uma pena.

Por outro lado, a solução é compreensível se atentarmos nas justificações de índole preventiva, subjacentes a esta opção legislativa — segundo ponto de vista a considerar. Compreende-se no quadro de um pensamento como o de Eduardo Correia, para quem «a punição baseada na culpa não tem, porém, um fim em si mesma, mas serve a protecção de bens jurídicos. E se esta protecção se deve traduzir eminentemente na ressocialização do delincente, a pena não há-de ter um sentido estático de mera retribuição de um mal com um mal, mas o de expiação ou de reparação das tendências do delincente para o crime, através da sua recuperação ou regeneração, desta forma se realizando aquela protecção de bens ou interesses jurídicos» (185). Esta protecção de bens jurídicos, a depender da influência da pena na pessoa do delincente, não se realizaria quando em causa estivessem delinquentes incorrigíveis, aqueles que já não são influenciáveis pela

(182) Evidencie-se que o texto original do *Projecto* de 63 não tinha uma disposição correspondente ao actual art. 20.º, n.º 3. Este surge só no texto final de 1982.

(183) Cfr. EDUARDO CORREIA, sep. *BFD*, p. 33. No mesmo sentido e já com referência expressa ao art. 20.º, n.º 3, do CP de 1982, EDUARDO CORREIA, *Para uma Nova Justiça Penal*, p. 18, e *Cidadão Delincente: Reinserção Social?*, p. 7, nota 1.

(184) Cfr. *supra*, p. 47.

(185) Cfr. EDUARDO CORREIA, sep. *BFD*, p. 29 s.

pena, pelo que as exigências preventivas impõem, neste caso, a equiparação destes delinquentes aos inimputáveis, para dessa forma lhes poder ser aplicada uma medida de segurança, mecanismo mais adequado às mencionadas exigências preventivas. E esta solução para colmatar as deficiências da pena, compreende-se ainda melhor se se atender à circunstância de Eduardo Correia contrariar soluções dualistas, ainda que por causa disso tenha que considerar inimputável quem, afinal é imputável, conclusão que encontra tradução nas próprias palavras da lei: «É inimputável...» — art. 20.º, n.º 1; «Pode ser declarado inimputável...» — art. 20.º, n.º 2 (186). Com palavras do mesmo Autor, podemos dizer que o CP não deixou de considerar a imputabilidade pelo lado da prevenção geral e da ressocialização, o que não deixa de constituir uma singular particularidade do novo diploma (187).

O art. 20.º, n.º 3, tem depois uma repercussão importante na densificação do conteúdo do art. 72.º, n.º 2, alínea *d*), quando esta disposição, a título exemplificativo, refere, como circunstâncias a que o tribunal atenderá para determinação da pena, «as condições pessoais do agente». Circunstâncias onde é de integrar a susceptibilidade de o agente ser influenciado pela pena — a reacção previsível do agente à aplicação da pena: *Strafempfänglichkeit*; mas também a sensibilidade do agente à pena, a medida em que o agente será atingido pela pena que lhe for aplicada: *Strafempfindlichkeit*. Na verdade, usando palavras de Figueiredo Dias, «não será o mesmo, *v. g.*, a sensibilidade à pena que se esperará de um brutal multireincidente ou de um delincente primário ocasional ou por

(186) O art. 20.º, n.º 2, corresponde ao art. 18.º do *Projecto* de 63, cuja redacção inicial prescrevia o seguinte: «É ainda inimputável quem, ao tempo do crime, em virtude de anomalia psíquica grave cujos efeitos não domina sem que por isso possa ser censurado, tem a capacidade para avaliar a ilicitude do facto e para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída». Por proposta do Conselheiro José Osório, aprovada por unanimidade, passou o artigo a iniciar-se da seguinte forma: «Pode ainda ser declarado penalmente inimputável...». A proposta foi justificada, precisamente por este artigo não abranger toda a inimputabilidade diminuída e por não se tratar de uma inimputabilidade natural, mas jurídica. Cfr. *Actas, BMJ*, 143, p. 46 s. Embora a justificação nos mereça críticas, uma vez que toda a inimputabilidade é jurídica, tem todavia o mérito de confirmar que os casos previstos no n.º 2 do art. 20.º não são casos de inimputabilidade, mas sim de imputabilidade tratada como se fosse inimputabilidade. No sentido do texto, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, I, p. 196.

(187) Cfr. EDUARDO CORREIA, *Para uma Nova Justiça Penal*, p. 18, muito embora o Autor se refira neste estudo a uma nova ideia de inimputabilidade: a «inimputabilidade baseada em não ser susceptível de intimidação ou de se reinserir socialmente, através de penas». Cfr. *infra*, p. 157 s.

afecto, como não será o mesmo o juízo de prognose a fazer num caso e noutro e portanto a possibilidade de um e de outro agente serem influenciados pela pena» (188) (189).

E bem se compreende a ligação entre factores como estes — factores que pressupõem a capacidade de compreensão da pena — e a existência de uma anomalia psíquica (190): esta pode condicionar o *quantum* das exigências de prevenção especial (191), aquilo que vai, em último termo, determinar a medida concreta da pena dentro da moldura que é fornecida pelas exigências da prevenção geral de integração.

A anomalia psíquica sobrevinda pode, por um lado, tornar o delinquente incapaz de compreender a pena, anulando, eliminando, as aludidas sensibilidade e susceptibilidade — situação que levará ou ao internamento em estabelecimento

(188) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 8.º, Nm. 65. Sobre este ponto, no contexto dos factores relativos à personalidade do delinquente, como factores concretos de medida da pena, também do mesmo Autor, *ob. cit.*, § 8.º, Nm. 62 ss., com indicações bibliográficas.

(189) Também a literatura nos dá conta desta realidade nas palavras de Dostoievski que podemos ler em *Recordações da Casa dos Mortos*: «(...) Seja, ponhamos de lado essa desigualdade e consideremos outra, a das consequências do castigo. Determinado condenado consome-se, derrete-se como uma vela; outro, porém não fazia anteriormente a menor ideia de que existisse no mundo uma vida tão alegre, um círculo tão agradável de atrevidos patuscos. Porque, na verdade, na prisão encontra-se mesmo tal gente. O primeiro preso, homem culto, atormentado pelos remorsos de uma consciência purificada, pelas torturas de um sofrimento moral perante as quais empalidece qualquer outro castigo, submete o seu crime a um julgamento muito mais implacável do que aquele que a lei mais severa o poderia submeter; entretanto, junto dele, o segundo não pensa sequer um instante, durante toda a sua detenção, na malvadez de que se tornou culpado e até considera que procedeu bem. (...) Será que indivíduos tão díspares sintam igualmente o castigo infligido? Mas para que nos havemos de preocupar com perguntas sem resposta? O tambor rufa e é necessário regressar à camarata!»

(190) H.-J. Bruns (*Strafzumessungsrecht*, p. 498) refere expressamente a estrutura psíquica da personalidade do delinquente, a propósito destes factores.

(191) Quando a anomalia psíquica é sobrevinda, obviamente que estes factores relevam por via da prevenção. Contra o entendimento, segundo o qual, a sensibilidade à pena deveria ser considerada só pela via da culpa enquanto a susceptibilidade de ser influenciado pela pena pela via da prevenção, vai a posição de Figueiredo Dias (*Direito Penal* 2, § 8.º, Nm. 66) que, a este propósito, afirma a «ambivalência» destes factores. Consideramos, no entanto, em face do defendido em texto, que o argumento que o Autor invoca a partir do art. 20.º, n.º 3 — «a incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode ser valorada como índice de inimputabilidade e, é, por conseguinte, matéria atinente à culpa» —, não é decisivo, pois, verdadeiramente em causa estão pontos de vista preventivos naquela disposição do código.

de inimputáveis (art. 104.º, n.º 1, 1.ª hipótese) ou à suspensão da execução da pena (art. 105.º, n.º 1); mas pode, por outro lado, tornar apenas mais difícil a apreensão do sentido da pena e, assim, influir na medida da sensibilidade à pena e da susceptibilidade para ser por ela influenciado, situação que pode levar ao internamento em estabelecimento de inimputáveis, nos termos do art. 103.º (art. 104.º, n.º 1, 2.ª hipótese). Do mesmo modo, portanto, que a anomalia contemporânea da prática do crime que não tenha levado à declaração de inimputabilidade, mas à qual possa corresponder o internamento previsto no art. 103.º

Se os arts. 20.º, n.º 3, e 72.º, n.º 2 — este último enquanto elege como factor de determinação da medida da pena as «condições pessoais do delinquente» — fazem apelo, de uma forma expressa, a uma ideia de capacidade de compreensão da pena, também o regime da reincidência a pressupõe: de acordo com a parte final do n.º 1 do art. 76.º é pressuposto material da reincidência concluir, em face das circunstâncias concretas do caso, que a condenação ou condenações anteriores não serviram ao agente de suficiente advertência contra o crime (192), o que supõe que o delinquente pudesse ter apreendido o sentido da pena, pudesse ter sido advertido contra o crime, vindo o desrespeito, a desatenção do agente a esta advertência a torná-lo passível de um maior juízo de censura.

Se do exposto resulta que o delinquente há-de ter capacidade de apreensão do sentido da pena, pelo menos no momento da condenação, para assim ser advertido contra o crime — e é a lei que refere a condenação como meio para ser feita essa advertência —, o n.º 1 do art. 76.º sugere — ao exigir que a pena de prisão a que o agente tenha sido anteriormente condenado haja sido total ou parcialmente cumprida — a extensão da exigência de compreensão da pena para além da condenação, ligando a reincidência também à lembrança do mal da prisão. Ou seja, pressupõe-se que o delinquente reincidente tenha vivido a pena nessa qualidade (193).

(192) A lei não fala em advertência, mas sim em «prevenção contra o crime». Sobre a maior correcção do termo «advertência» e sobre o pressuposto material da reincidência, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 9.º, Nm. 20 ss.

(193) Sobre este pressuposto formal, criticamente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 9.º, Nm. 19.

### CAPÍTULO III

## MEDIDAS DE DIVERSÃO NA EXECUÇÃO DA PENA

### 1. JUSTIFICAÇÃO DAS MEDIDAS DE DIVERSÃO

A execução da pena aplicada a um delinquente, cuja anomalia psíquica posterior à prática do crime o torna incapaz de a compreender não tem justificação, do ponto de vista das finalidades da pena, vistas estas, quer na perspectiva das teorias absolutas, quer na das teorias relativas, excepção feita à prevenção geral de intimidação, tal como a entendeu Feuerbach.

No entanto, afirmar isto, não significa, à partida, uma renúncia à execução da pena; pelo contrário, a preocupação com uma execução que permita a concretização efectiva das finalidades da pena, só pode ter o sentido de serem criadas condições — *v. g.*, o tratamento terapêutico do delinquente — para a obtenção desse mesmo objectivo. E se esta conclusão encontra eco numa concepção retributiva da pena, ela ganha uma dimensão muito específica no domínio das teorias relativas.

Quanto às teorias absolutas, poder-se-ia dizer o seguinte, fazendo apelo ao exemplo de Kant, tão frequentemente citado: se mesmo o último assassino preso de uma ilha, cujo povo decidiu dissolver-se, deveria ser executado, «para que cada um suportasse a pena correspondente à sua conduta e para que o sangue derramado não fosse recair sobre o povo que não tivesse reclamado essa punição, e que poderia ser considerado cúmplice dessa violação pública da justiça» <sup>(194)</sup>, então, sob pena de o povo ser tido como cúmplice do delinquente, devem ser criadas as condições para este suportar a pena correspondente à sua conduta.

---

<sup>(194)</sup> Citação de BELEZA DOS SANTOS, *Introdução ao Direito Criminal*, p. 129, nota 3.

Diferentemente destas, as teorias relativas da pena, dirigem-se primordialmente aos efeitos da pena: à reafirmação da validade da norma violada; à ressocialização do delinquente. Efeitos estes inseridos num direito penal, também ele relativizado: um direito penal a surgir como *ultima ratio* da tutela de bens jurídicos, pondo a nu o seu carácter subsidiário e fragmentário. Os pressupostos de legitimação da pena concebida relativamente estão situados na fronteira *output* (195), nas consequências da pena, é dizer, na ideia de protecção de bens jurídicos, protecção, por seu turno, tida como necessária. Em suma, e com palavras de Costa Andrade, «o sistema de acção que é o direito penal deixa de obedecer ao rígido modelo dos *programas condicionais* e passa a assumir também aquela dimensão teleológica própria dos *programas finais*. Dentro dos limites da legalidade incriminatória (...) o direito penal passa a orientar-se também para a (e pela) sua projecção no ambiente. Passa, noutros termos, a preocupar-se com o seu *output*, aferido em termos de protecção de bens jurídicos, confirmação da validade das normas e socialização dos delinquentes» (196).

Neste contexto inserem-se uma série de medidas que, se mediamente estão pensadas em função da protecção de bens jurídicos, sendo expressão da aludida preocupação do direito penal com o seu *output*, imediatamente têm uma dupla justificação: por um lado, destinam-se a oferecer ao delinquente um programa de tratamento que lhe permita, posteriormente, apreender o sentido da pena, para desta forma serem concretizadas a finalidade de prevenção especial e a finalidade irrenunciável de prevenção geral positiva; por outro lado, demonstram também a intenção comunitária de controlo desta fase de administração da justiça, de forma a não tornar possível a execução de uma pena sem conteúdo, do ponto de vista dos fins que lhe são apontados (197). Execução da pena que, a ter lugar não obstante o delinquente a não compreender, significaria uma renúncia à finalidade primordial e essencial de protecção de bens jurídicos que ao direito penal é pedida.

Estas medidas a constituírem um verdadeiro desvio, relativamente ao conteúdo normal da fase que se segue à da determinação judicial da pena, podem ser vistas como *medidas de diversão* por referência ao conteúdo daquele momento de administração da justiça, não significando, contudo, uma outra forma de execução

(195) Cfr. W. HASSEMER, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p. 122. O Autor contrapõe às teorias relativas as teorias absolutas que situa na fronteira *input*.

(196) Cfr. COSTA ANDRADE, *Jornadas de Direito Processual Penal*, p. 339 s. Também assim, FIGUEIREDO DIAS, *RitalDPP*, p. 788 ss.

(197) Neste sentido, U. CALDARERA, *RDP*, p. 1096 s. O Autor vê a questão como «prorrogativa soberana do Estado» em controlar uma execução que não teria qualquer conteúdo se o delinquente estivesse privado de compreender o alcance da pena.

da pena, pois em relação a esta poderão até ser caracterizadas pela nota da instrumentalidade: são medidas, cujo objectivo se traduz na criação no delinquente de condições psíquicas para poder ter lugar a execução da pena; nota de instrumentalidade não caracterizadora das medidas que habitualmente enquadramos no conceito de diversão, já que estas, pelo contrário, representam uma alternativa à própria resolução normal dos conflitos jurídico-penais, vindo a situar-se temporalmente em momento anterior à determinação da culpabilidade e/ou da sanção (198). Não obstante, há algo que é partilhado por estes dois tipos de diversão (diversificação) e que permite a homonímia: um denominador comum traduzível na ideia de «diversificadas estratégias de diversificação» — na expressão de Faria Costa (199) — ao serviço da protecção dos bens jurídico-penais.

A diversão, tal como é habitualmente entendida — «conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controlo com vista a alcançar uma solução dos conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal» (200) — ancora na ideia de uma não-intervenção moderada ou judiciosa do sistema formal de controlo. E se esta característica marcante do «paradigma emergente na política criminal» não acolhe por inteiro um discurso abolicionista como o de Hulsmann (201), partilha no entanto com ele a crítica de que o sistema formal de controlo, tal como tradicionalmente concretiza o direito penal, é também ele criador da delinquência, o que evidencia que também na diversão o problema é o da protecção dos bens jurídico-penais (202).

Da diversão pode ser dito que ela tem acolhimento no direito português actual. Está consagrada no novo CPP nos arts. 280.º — arquivamento em caso de dispensa ou isenção de pena (diversão simples) — e 281.º — suspensão provisória do processo mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta (diversão com intervenção) (203); disposições legais que acarretam, do

(198) Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 808, e FARIA COSTA, sep. do *BFD*, p. 5.

(199) Cfr. FARIA COSTA, sep. do *BFD*, p. 65.

(200) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 808. Sobre a referência feita, de seguida, ao «paradigma emergente da política criminal», v., também FIGUEIREDO DIAS, *loc. cit.*, p. 806 ss.

(201) Sobre o discurso abolicionista deste Autor, v. L. HULSMANN/BERNAT DE CELIS, *Peines Perdues. Le Systeme Penal en Question*.

(202) A este objectivo podemos reconduzir aqueles que foram apontados à diversão no Colóquio que sobre ela teve lugar em Tóquio em 1983. Cfr. *RIDP*, p. 909 s.

(203) Sobre os conceitos de «diversão simples» e de «diversão com intervenção», v. FARIA COSTA, sep. do *BFD*, p. 21 ss.

ponto de vista processual penal, a renovação da discussão sobre a ideia da legalidade da perseguição, por contraposição à da oportunidade da mesma<sup>(204)</sup>. No âmbito do processo penal poder-se-á ainda afirmar que também o processo sumaríssimo (arts. 392.º e segs.), tal como está configurado neste diploma, é tributário de uma ideia de diversão<sup>(205)</sup> — é uma outra «estratégia de diversificação», em vista da protecção dos bens jurídico-penais —, apesar de neste caso ter lugar, quer a determinação da culpabilidade quer a determinação da sanção. E é tributário desta ideia, porque caracteriza-o a circunstância de a aplicação da sanção não ocorrer numa audiência formal de julgamento, com o que se desvia do processamento normal para evitar esta «cerimónia degradante» — na conhecida expressão de Garfinkel —, avolumadora da estigmatização do delinquente.

Já anteriormente ao CPP de 1987, o ordenamento jurídico português consagrava uma solução de diversão: o ministério público podia não exercer a acção penal contra o consumidor de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas se se verificassem, cumulativamente, os requisitos previstos no n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro. Mas era também este diploma que consagrava uma medida de diversão a ter lugar já depois de determinada a pena. Assim, nos termos do art. 36.º, n.º 2, podia suspender-se a aplicação da pena do delinquente consumidor e toxicodependente se este se sujeitasse a tratamento médico ou fosse internado, voluntariamente, em estabelecimento adequado. Medida de diversão e não pena de substituição, pois apesar de a lei remeter para o CP, concretamente para o art. 50.º — na hipótese de incumprimento —, a previsão do art. 36.º, n.º 2, não coincidia com a suspensão da execução da pena consagrada no art. 48.º do CP. Isto resultava, do próprio texto do art. 36.º, onde no n.º 1, alíneas *a*) e *b*), era tratada a questão da determinação da sanção, para no n.º 2 se permitir a suspensão da aplicação da pena, algo a surgir como hipótese já depois de ter sido determinada, escolhida, a pena. Para além do mais, a solução do tratamento médico ou do internamento não era propriamente um dever equivalente àqueles a que pode ficar sujeita a suspensão da execução da pena, de acordo com o art. 49.º do CP, já que dependia do consentimento do condenado, o que num diploma que previa o tratamento não voluntário de toxicodependentes (art. 39.º), só podia querer significar que o art. 36.º, n.º 2, consagrava uma solução que não tinha a natureza de pena e cujo objectivo era alcançar a pro-

<sup>(204)</sup> Sobre isto, desenvolvidamente, v. COSTA ANDRADE, *Jornadas de Direito Processual Penal*, p. 319 ss. Ainda sobre o princípio da legalidade da promoção processual, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1988-89, Nm. 142 ss.

<sup>(205)</sup> Assim, COSTA ANDRADE, *Jornadas de Direito Processual Penal*, p. 321 s.

tecção efectiva do bem jurídico em causa, através de uma forma *diversa* da execução da pena. E parece irrecusável, na verdade, que nada há de melhor do que um tratamento voluntário para atingir as finalidades a que o direito penal se propõe neste caso concreto<sup>(206)</sup> <sup>(207)</sup>.

### 1.1. As medidas de diversão na execução da pena — conteúdo

As medidas de diversão a que nos reportamos, aquelas que surgem já depois de determinada a pena — medidas a constituir um desvio em relação à forma normal de concretização da fase que se segue cronologicamente à de determinação da pena — caracterizam-se, do ponto de vista do seu conteúdo, como um programa de tratamento terapêutico oferecido ao delinquente. E dizemos intencionalmente «oferecido», porquanto a isto deve estar limitado o sistema formal de controlo de um Estado de Direito democrático e social, modelo a pressupor o diálogo entre o Estado e o indivíduo, o que afasta a ideia de um tratamento coactivamente imposto.

A nota da socialidade do Estado impõe, por um lado, que este crie as condições necessárias — *v. g.*, o tratamento terapêutico — para o delinquente poder compreender a pena que lhe foi aplicada e assim ser alcançável a finalidade — «simultaneamente mais modesta, mais nobre — e mais difícil», nas palavras expressivas de Figueiredo Dias<sup>(208)</sup> — que hoje é imputada à execução da pena: a prevenção da reincidência através de uma opção do delinquente nesse sentido. Por outro lado ainda, vem esta nota da socialidade exigir que o Estado crie as condições favoráveis — *v. g.*, o tratamento terapêutico — para o delinquente poder apreender o sentido da pena que lhe foi aplicada, para, sentindo-a nessa qualidade, serem efectivamente estabilizadas as expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada.

A vertente democrática do Estado de Direito impõe que as mencionadas condições sejam oferecidas ao delinquente e não coactivamente impostas, pois só a

<sup>(206)</sup> Para além destes exemplos de diversão, Faria Costa (sep. do *BFD*, p. 60 ss.) menciona os crimes de acusação particular e algumas soluções do direito penal de menores.

<sup>(207)</sup> O Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (cfr. ainda a Declaração de rectificação n.º 20/93, de 20 de Fevereiro). A primeira solução de diversão mencionada encontra hoje correspondência no artigo 56.º, ao contrário da segunda que não revemos nos arts. 40.º, 44.º e 45.º Destes decorre que a suspensão da pena, com ou sem regime de prova, é verdadeiramente uma pena de substituição: por um lado, a questão da substituição da pena é tratada somente a propósito da suspensão; por outro, o diploma actual já não prevê a possibilidade de tratamento coactivo.

<sup>(208)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *ROA*, 1983, p. 30.

adopção do princípio da voluntariedade do tratamento é manifestação do «direito de ser diferente», direito característico deste modelo de Estado, ao mesmo tempo que é o único princípio em consonância com o objectivo assinalado à ressocialização — evitar tão-só que o recluso volte a cometer crimes —, objectivo que é, pois, expressão da liberdade que se reconhece ao delinquente de ser diferente e da consequente negação do dever de aprender a ser igual, fazendo nossas palavras de Anabela Rodrigues <sup>(209)</sup>.

Entendendo por tratamento um meio através do qual se obtém a finalidade de ressocialização do delinquente e sendo certo que neste caso particular esta obtenção é mediata, pois o tratamento não surge no momento em que já está em curso o processo de ressocialização, mas sim anteriormente a ele, sempre se poderia inferir que o delinquente exerceria o seu direito de ser diferente do homem pressuposto pelo ordenamento jurídico-penal no momento de ser executada a pena, no momento de se pretender alcançar imediatamente a ressocialização daquele. Só que um entendimento deste tipo esqueceria que o «direito à diferença» também significa o direito de ser diferente do homem dito «normal», do ponto de vista psíquico, o que terá tanto maior sentido quanto se perfilhem as teorias da denominada «psiquiatria crítica ou radical», para as quais o doente mental não é verdadeiramente um «doente», mas sim alguém socialmente desinserido <sup>(210)</sup>. Mas sentido também, se pensarmos o psiquicamente anómalo como doente e, portanto, como cidadão ao qual o Estado de Direito social oferece condições para ser tratado, mas ao qual a vertente democrática do mesmo Estado reconhece o direito à liberdade e, consequentemente, nega ao Estado a possibilidade de impor tratamentos médico-terapêuticos contra a vontade do cidadão <sup>(211)</sup>.

De igual modo esqueceria que no horizonte desta problemática continua a estar a execução de uma pena e, consequentemente, a assunção do princípio de que, neste domínio, o tratamento médico no âmbito das anomalias psíquicas não deve ser imposto coactivamente, mas sim oferecido como um auxiliar, opcional ou facultativo <sup>(212)</sup>.

<sup>(209)</sup> ANABELA RODRIGUES, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, p. 73. Sobre o conceito de tratamento, v. *ob. cit.*, p. 132 ss. De notar, no entanto, que a exposição da Autora pressupõe o tratamento enquanto forma de alcançar de forma imediata a obtenção da finalidade da execução da pena privativa de liberdade. Cfr. o que, de seguida, dizemos em texto.

<sup>(210)</sup> Cfr. *supra*, nota 93.

<sup>(211)</sup> Cfr., no entanto, *infra*, p. 115 s., especialmente nota 313.

<sup>(212)</sup> Expressamente neste sentido, EDUARDO CORREIA, *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*, p. 12. Também H.-H. JESCHECK, *DocP*, p. 51.

A defesa do princípio do tratamento voluntário justifica-se se considerarmos ainda que este tratamento terapêutico, em que se vêm a fixar as medidas de diversão, está também pensado à luz da finalidade da prevenção geral positiva, finalidade que pode ser a única a justificar a execução da pena <sup>(213)</sup>. Admitir o tratamento coactivo a fim de ser alcançada esta finalidade implicaria um retorno a um sistema formal de controlo a assentar num «modelo terapêutico», típico do criticável modelo de influência positivista. O objectivo já não seria agora o de impedir que o delinquente praticasse novos factos criminosos, ficando à mercê de uma intervenção ilimitada para eliminação das causas do crime — uma prevenção especial a todo o custo —, mas seria sim o de reafirmar a validade da norma violada a todo o custo, o que faria do delinquente um mero objecto do processo de luta contra o crime.

## 2. AS MEDIDAS DE DIVERSÃO CONSAGRADAS NOS ARTS. 104.º E 105.º DO CP

Como já afirmámos anteriormente, a aplicação do art. 104.º, quando prevê que a anomalia psíquica tenha os efeitos previstos no art. 91.º do CP — pressupostos do internamento de inimputáveis —, e do art. 105.º tem como fundamento comum a circunstância de o delinquente ser portador de uma anomalia psíquica com o efeito de impedir a compreensão da pena que lhe foi aplicada. No primeiro caso, o legislador estabelece o internamento em estabelecimento de inimputáveis, prevendo no art. 105.º a suspensão da execução da pena, medida que pode ficar condicionada ao cumprimento dos deveres e à vigilância previstos no art. 94.º do mesmo diploma.

Diferente é, pois, a situação daquele a quem a anomalia psíquica sobrevinda não impede a apreensão do sentido da pena e cujo internamento em estabelecimento de inimputáveis, só ocorre, pressuposto o consentimento do recluso, se em virtude da anomalia psíquica de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns lhe for prejudicial ou ele perturbar seriamente esse regime (arts. 104.º, n.º 1, 2.ª hipótese, e 103.º, n.º 1).

Aquele internamento e aquela suspensão da execução da pena, precisamente porque, ao contrário do internamento nos termos do art. 103.º, têm como fundamento a incapacidade de compreensão da pena, é que integram a categoria das medidas de diversão, cuja caracterização passamos de imediato a fazer, mas

<sup>(213)</sup> V., *supra*, p. 72.

não sem antes precisarmos que estas medidas não pressupõem, necessariamente, que em causa esteja uma pena privativa da liberdade, como o pressupõe o internamento justificado por «prejuízos de carácter penitenciário» decorrentes do regime dos estabelecimentos comuns.

No entanto, a afirmação feita vale apenas enquanto significa que é pertinente pôr a questão das repercussões da anomalia psíquica sobrevinda no contexto da pena de multa e no das penas de substituição<sup>(214)</sup>, pois reconhecemos, através do disposto nos n.ºs 2 e 3 dos arts. 104.º e 105.º, respectivamente — o tribunal pode conceder logo a liberdade condicional — que o regime aí consagrado pressupõe que em causa esteja uma pena privativa da liberdade, podendo concluir-se por uma omissão do CP relativamente às outras situações.

E a pertinência justifica-se, desde logo, relativamente à pena de multa, na qualidade de pena principal, por consideração da sua natureza pessoalíssima, a única compatível com a sua caracterização como autêntica pena criminal e não como simples direito de crédito do Estado<sup>(215)</sup>. Assim, levantou-se a questão de saber se o art. 114.º do CP de 1886 era ou não aplicável à pena de multa e lembraram-se, para uma resposta positiva, os ensinamentos de Stooss para quem «o louco não pode sentir o mal da pena quer esta seja a de morte, quer a de privação de liberdade, quer a de multa e por isso não é a multa exequível de um doido»<sup>(216)</sup> <sup>(217)</sup>.

Na hipótese de a anomalia psíquica surgir depois da sentença condenatória em pena de substituição e antes de o respectivo prazo de duração ter expirado, prazo este que pode ir até cinco anos na suspensão da execução da pena (art. 48.º, n.º 4) e até três no regime de prova (art. 53.º, n.º 2), também se justifica que nos detenhamos nas repercussões daquela anomalia, pois ela pode tornar o delinquente

<sup>(214)</sup> Sobre os conceitos de «pena de substituição» e de «penal principal» pressupostos no texto, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 3.º, Nm. 1 ss.

<sup>(215)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 5.º, Nm. 7 s.

<sup>(216)</sup> Cfr. LUIS OSÓRIO, *Notas ao Código Penal Português*, I, anotação ao art. 114.º. É, aliás, C. Stooss (*Exposé des Motifs de L'Avant-Projet de Code Pénal Suisse*, p. 74) quem defende a extinção da pena de multa por morte do condenado, com o argumento de que os sistemas que permitem a execução contra os herdeiros desprezam a natureza de pena da multa: esta tem como qualquer outra o objectivo de fazer sofrer o condenado pela perda de certos bens. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 5.º, Nm. 8. Contra, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, p. 205 s.

<sup>(217)</sup> Não assim em França, onde o pagamento será então feito pelo representante legal do alienado. Cfr. G. STEFANI/G. LEVASSEUR/B. BOULOC, *Droit Pénal Général*, p. 663. Também no Projecto de Código Penal de Levy-Maria Jordão constitui excepção à suspensão da execução da pena, por afecção mental, o caso da pena de multa — art. 147.º, n.º 3.

incapaz de compreender a pena de substituição que lhe foi aplicada. Especificá-mos o momento posterior à sentença condenatória, pois quando a anomalia é posterior à prática do crime, mas anterior àquela sentença, a aplicação dos arts. 104.º e 105.º coloca-se por referência à pena principal e, portanto, por referência à pena privativa de liberdade. Isto porque, de acordo com o preceituado no art. 71.º, a substituição da pena privativa da liberdade depende da circunstância de a isso se não oporem as exigências de prevenção — prevenção especial de socialização e prevenção geral de defesa do ordenamento jurídico<sup>(218)</sup> —, donde resulta, por conseguinte, a não aplicação de uma pena de substituição, sempre que a anomalia psíquica torne o delinquente incapaz de compreender essa mesma pena. Nestes casos, opõem-se à substituição razões de prevenção especial e de prevenção geral — condição de concretização das mesmas é a capacidade de compreensão da pena —, pelo que é aplicada a pena principal ao delinquente, à qual não tem que corresponder necessariamente uma incapacidade de apreensão do sentido da sanção privativa da liberdade<sup>(219)</sup>.

## 2.1. Pressupostos

O art. 104.º faz depender o internamento em estabelecimento de inimputáveis da verificação dos efeitos previstos no art. 91.º do CP. Esta disposição sobre o internamento de inimputáveis, em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, só o permite se, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado<sup>(220)</sup> houver fundado receio que o inimputável venha a cometer outros factos típicos graves.

<sup>(218)</sup> Sobre os critérios de escolha das penas de substituição, desenvolvidamente, ANABELA RODRIGUES, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 35 ss.

<sup>(219)</sup> Cfr. *supra*, p. 46.

<sup>(220)</sup> Contrariamente ao texto do *Projecto* de 63 — art. 123.º — e ao que ocorre noutras legislações (cfr., por exemplo, o § 63.º do CP alemão), não se refere expressamente que o facto do inimputável tem que ser um facto ilícito típico, antes parecendo suficiente que o facto seja típico. Contudo, parece óbvio que o internamento do inimputável só tem lugar se o facto por ele praticado for um facto ilícito típico, o que exclui o internamento, por exemplo, na hipótese de ter lugar uma causa de justificação. No sentido exposto se dirige expressamente o texto do art. 91.º, n.º 1, do *Projecto* de 91. Assim também, ANABELA RODRIGUES, sep. do *BMJ*, p. 53, nota 121. Contra, FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 385, nota 69.

Sobre a problemática das características do facto do inimputável, v. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 1118 s., e FIGUEIREDO DIAS, *RPCC*, 1992, p. 24 ss.

Numa palavra, a aplicação da medida de segurança depende da circunstância de o inimputável ser criminalmente perigoso, ou seja, como com precisão o ensinou a escola positiva, o delinquente é um tal que dele se espera a prática de factos graves criminalmente ilícitos <sup>(221)</sup>. Da mesma forma depende desta *perigosidade criminal* o internamento do imputável em estabelecimento destinado a inimputáveis, o que nos leva a caracterizar a medida de diversão em causa como sendo substancialmente uma medida de segurança <sup>(222)</sup>. Caracterização sustentada ainda por outros elementos: do que se trata no caso é precisamente de uma *falta de capacidade de compreensão da pena*; e contrariamente ao previsto no art. 103.º, o art. 104.º não estipula qualquer duração máxima do internamento, nota tradicionalmente característica das medidas de segurança, segundo a qual estas duram enquanto se mantiver o estado de perigosidade criminal que lhes deu origem — princípio da actualidade do estado perigoso de que parte o art. 92.º, n.º 1, do CP <sup>(223)</sup>.

<sup>(221)</sup> Cfr. *Actas, BMJ*, 152, p. 13.

<sup>(222)</sup> Assim, LOPES ROCHA, *Para uma Nova Justiça Penal*, p. 41. Contra, MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, anotação ao art. 104.º, muito embora admita que a pena é transformada em medida de segurança e que o CP de 1982 conhece as medidas de segurança de internamento de inimputáveis e de internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica (*ob. cit.*, anotação ao art. 91.º) e LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Código Penal de 1982*, I, anotação ao art. 104.º

<sup>(223)</sup> É também como medida de segurança que o art. 409.º, n.º 2, alínea b), do CPP de 1987 vê o internamento de imputável em estabelecimento destinado a inimputáveis, caracterização que também estende ao internamento nos termos do art. 103.º, o que já não tem razão de ser, pois este não encontra justificação na existência de um estado de perigosidade criminal (cfr. *supra*, p. 17 ss.). Mas, ainda que o internamento previsto no art. 103.º fosse uma medida de segurança, compreender-se-ia mal a necessidade de o considerar — tal como o internamento previsto no art. 104.º — uma excepção ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Isto, porque tais internamentos podem vir a ser decretados já na execução da pena, bastando para tal que a anomalia seja posterior à sentença condenatória, o que mostra que a questão da proibição da *reformatio in pejus* nem sequer se coloca relativamente a estes arts. do CP. Colocar-se-á, isso sim, relativamente à pena à qual estão necessariamente ligados: esta é que é a sanção que, reunidos os pressupostos do art. 409.º, n.º 1, não pode ser modificada na sua espécie ou medida. Já o problema da proibição faz sentido relativamente ao internamento previsto no art. 91.º — internamento de inimputáveis perigosos. O legislador optou por este internamento constituir uma excepção ao princípio consagrado no n.º 1 do art. 409.º Ou seja, ele pode ser imposto na instância de recurso, ainda que não tivesse sido esta a solução do tribunal *a quo* — *v. g.*, foi proferida a suspensão da execução do internamento (art. 99.º). No direito alemão, embora a regra seja a de a proibição da *reformatio in pejus* ser extensível às medidas de segurança (§§ 331.º, 358.º e 373.º do CPP) o inter-

O internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis vem assim a depender da *perigosidade criminal do recluso*, nota essencial das medidas de segurança e ao mesmo tempo de difícil concretização, a recordar de imediato as palavras expressivas de Exner, segundo as quais «der Begriff der Gefährlichkeit ist ein gefährlicher Begriff»: o conceito de perigosidade é um conceito perigoso <sup>(224)</sup>. Desde logo, ele depende da possibilidade de se prognosticar o comportamento futuro do delinquente, pois uma medida de segurança só está justificada quando existe uma necessidade de protecção para o futuro. E, como evidencia Jescheck, o determinista acreditará mais facilmente na prognose, porque para ele as mesmas causas devem ter os mesmos efeitos, do que o indeterminista, para quem é inadmissível qualquer prognose, pois a liberdade da pessoa opõe-se, em princípio, a toda a predição da conduta futura do agente. No entanto, se o determinista acreditar que é impossível prever todas as condições do comportamento futuro da pessoa, ao mesmo tempo que o indeterminista aceitar que da vida passada do indivíduo podem retirar-se algumas conclusões indicativas do futuro, concluir-se-á pela relativa idoneidade da prognose <sup>(225)</sup>.

Assim, e não obstante as dificuldades, sempre se poderá dizer que atendendo aos fins do direito penal, uma pessoa é perigosa quando cometa, *provavelmente*, factos criminalmente ilícitos, significando isto que a pessoa reúne um conjunto de condições das quais se pode esperar uma conduta criminosa. Como é incerta a forma que a situação assumirá no futuro, não se fala em certeza, mas em *probabilidade*, em prejuízo, mas em perigosidade, como salienta Exner <sup>(226)</sup>. Esta *probabilidade* é algo mais que a mera possibilidade de cometer crimes, ou seja, entendida a capacidade criminal num sentido prospectivo, esta é o género e a perigosidade a espécie, uma vez que a perigosidade não é uma característica inde-

namento em instituição psiquiátrica e em centro de desintoxicação constitui uma excepção, por se entender que estas medidas de tratamento são sempre em benefício do arguido (C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 332; HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, introdução ao § 61.º, Nm. 92). Esta justificação, válida para o direito português — o internamento previsto no art. 91.º equivale ao do § 63.º do CP alemão — suscita-nos algumas dúvidas. Concretamente, pensamos que a razão justificativa da proibição — evitar que o receio da agravação da situação impeça o arguido de recorrer (C. ROXIN, *ob. cit.*, p. 331) — vale na hipótese que levantámos e, genericamente, sempre que se aplica qualquer medida de segurança.

<sup>(224)</sup> F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 59.

<sup>(225)</sup> Cfr. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 119 s. Sobre problemas de prognose criminal, v. TAIPA DE CARVALHO, *BFD*, p. 45 ss. V. também FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 143 ss., sobre tábuas de prognose.

<sup>(226)</sup> F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 59 s.

fectível, mas apenas uma qualidade eventual do autor. Quer isto dizer, que a capacidade de cometer crimes é de todos, mas a probabilidade é só de alguns, asserção que se, por um lado, afasta os postulados positivistas segundo os quais a comissão de um facto, por si só, é sempre prova de uma perigosidade criminal determinísticamente entendida, por outro, arreda as presunções de perigosidade (227).

Um entendimento deste tipo não foi sempre recebido no direito penal português. O equivalente ao actual internamento em estabelecimento de inimputáveis surge no CP de 1886, no art. 47.º, disposição a receber, na íntegra, os arts. 37.º da Nova Reforma Penal e 71.º do Projecto de CP de 1861: «Os loucos, que, praticando o facto forem isentos de responsabilidade criminal serão entregues a suas famílias para os guardarem, ou recolhidos em hospitais de alienados, se a mania fôr criminosa, ou se o seu estado o exigir para maior segurança».

A perigosidade justificativa do internamento — perigosidade que podia não ser criminal, como resulta da letra do preceito — assentava na gravidade do crime, de acordo com as leis de 4 de Julho de 1889 e de 3 de Abril de 1896, leis que faziam depender o internamento do cometimento de um crime ao qual correspondesse pena de prisão maior. Só com o CPP de 1929 é posta de lado esta presunção de perigosidade, a partir da gravidade do crime, já que este estipula, no art. 132.º, que o internamento é ordenado quando o delinquente julgado irresponsável por falta de integridade mental possa ser um perigo para a ordem e segurança pública, *qualquer que seja a infracção cometida* (228).

No entanto — e não obstante se poder dizer que a presunção de perigosidade significa para as medidas de segurança o mesmo que a responsabilidade objectiva para as penas (229) —, o § único do art. 68.º do CP de 1886, na redacção introduzida pela RPenal de 1954, reintroduz, entre nós, uma presunção de perigosidade, ou melhor, uma presunção de duração da perigosidade, que o CP de 1982 acolhe na íntegra no art. 91.º, n.º 2. Esta disposição fixa em três anos a duração mínima do internamento do inimputável perigoso, cujo facto praticado consista em homicídio ou ofensas corporais graves, ou em outros actos de violência puníveis com pena superior a três anos, *sempre que existam razões para*

(227) Expressamente neste sentido, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 691 ss. Cfr. ainda G. BETTIOL/P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 450 ss.; entre nós, PALMA CARLOS, *Jornal do Foro*, p. 275, e CAVALheiro DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, I, p. 17, também distinguem a mera possibilidade da probabilidade.

(228) Assim, LUIS OSÓRIO, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, II, apontação ao art. 132.º

(229) A conclusão é de E. MUSCO, *La Misura di Sicurezza Detentiva*, p. 139.

recrear a prática de outros factos da mesma natureza e gravidade (230). Dada a gravidade dos factos praticados, o legislador presume a manutenção do estado de perigosidade criminal durante três anos. Solução idêntica encontramos no direito penal italiano, onde o art. 204.º elenca os casos de presunção de perigosidade, variando a duração em função da gravidade do crime praticado. Por exemplo, o internamento de inimputável em manicómio criminal tem uma duração mínima em regra de dois anos, sendo no entanto de dez anos se ao facto praticado corresponder a pena de morte (art. 222.º). Saliente-se, contudo, que no direito italiano a presunção de duração da perigosidade assenta em duas outras presunções, se se tratar de inimputável: presume-se que a enfermidade psíquica contemporânea do facto permanece no momento do julgamento, o que, como assinala a doutrina italiana, pode transformar o internamento numa verdadeira «pena manicomial»; presume-se, a partir daquela presunção, que o delinquente é criminalmente perigoso (231).

A circunstância de o inimputável ser criminalmente perigoso não justifica, por si só, o internamento consagrado no art. 91.º do CP, pois preciso é que o facto praticado (232) e aqueles que se espera que o agente venha a praticar sejam fac-

(230) Afastamos, assim, a hipótese levantada por Figueiredo Dias (*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 792 s. e 815), no sentido de o art. 91.º, n.º 2, do CP encontrar a sua razão de ser numa ideia de prevenção geral de defesa do ordenamento jurídico que funcionaria, assim, como um limite à prevenção especial de socialização. E vai no sentido do afastamento desta hipótese a circunstância de a presunção ser apenas quanto à duração da perigosidade. Se valessem aqui razões de prevenção geral, então, o legislador teria presumido a própria perigosidade.

(231) Assim, T. PADOVANI, *RitalDPP*, p. 747 s. Contra a solução do direito italiano, solução, no entanto compreensível num diploma de marcada influência positivista, v. G. BETTIOL/P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 972, E. MUSCO, *La Misura di Sicurezza Detentiva*, p. 138 s., e T. PADOVANI, *IndP*, p. 229.

(232) O § 63.º do CP alemão não refere a necessidade de o facto praticado ser um facto grave, mas a jurisprudência alemã vai no sentido de não haver internamento quanto a delitos menos graves, o que é imposto pelo princípio da proporcionalidade, aceitando, ao mesmo tempo, que estes possam levar ao internamento sempre que sejam sintomáticos, por si sós, de uma perigosidade relevante do autor, o que também decorre do mesmo princípio, pois a proporcionalidade de uma medida depende sobretudo do significado dos factos que se espera vir o delinquente a cometer no futuro. Cfr. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 1118 e 1116. Para H. Welzel (*Derecho Penal*, p. 240 s.), o facto cometido tem apenas um valor de conhecimento e de sintoma da perigosidade. As medidas de segurança, tipo e medida não se determinam, assim, pela gravidade do facto, mas sim de acordo com a a classe ou grau de perigo.

tos graves, o que legitima aqui a expressão «perigosidade específica» <sup>(233)</sup>, reveladora de uma ideia de proporcionalidade <sup>(234)</sup>.

O princípio da proporcionalidade — também denominado «princípio da proibição de excesso» (*Überrassungsverbot*) — das medidas de segurança, contido expressamente no § 62.º do CP alemão <sup>(235)</sup>, é visto como corolário do princípio do Estado de Direito, cumprindo uma função protectora similar à desempenhada pelo princípio da culpa em matéria de penas <sup>(236)</sup>.

O juízo de proporcionalidade a exigir, concretamente, que seja levado em conta o significado dos delitos cometidos pelo autor <sup>(237)</sup> e dos que ele venha a cometer no futuro, assim como o grau de perigo respectivo — o grau de probabilidade de cometimento de novos delitos — impõe-se pela intervenção inevitável na esfera de direitos do delinquentes que as medidas de segurança acarretam <sup>(238)</sup>. O princípio da proibição de excesso das medidas de segurança,

<sup>(233)</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 695.

<sup>(234)</sup> Ideia esta que pode, de resto, ser lida no *Relatório do Projecto da Parte Geral do Código Penal* (p. 80): «toda a legitimidade da defesa — da defesa da sociedade contra o inimputável perigoso —, para além da sua necessidade, afere-se pela sua proporcionalidade. Daí que não se compreenda uma segregação ilimitada de um inimputável só porque ele revela o perigo de, no futuro, cometer crimes de pequena gravidade».

<sup>(235)</sup> Este princípio já era defendido, ainda que não tivesse expressão escrita, nas justificações do AE (anotação ao § 66.º, p. 121). Por referência ao princípio da proporcionalidade, as medidas só deviam ser ordenadas quando houvesse uma considerável perigosidade do condenado. Com a lei de reforma penal, de 25 de Junho de 1969 — § 42.º II — «estabelece-se legalmente o importante princípio da proporcionalidade das medidas: deve existir uma adequada relação entre estas intervenções contra a liberdade do indivíduo e os perigos que ameaçam a sociedade» (FINZI, sep. *Nuevo Pensamiento Penal*, p. 201). Contudo, só com a segunda lei de reforma penal, de 4 de Julho de 1969, em vigor na Alemanha, desde 1 de Janeiro de 1975, é que o princípio ganhou consagração no § 62.º do CP alemão.

<sup>(236)</sup> Assim, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 34 e 115, e FIGUEIREDO DIAS, *RPCC*, 1992, p. 9 s. No sentido da justificação do princípio à luz da ideia do Estado de Direito, também MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, § 7.º, Nm. 14, e C. ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, Nm. 58. Jescheck (*ob. cit.*, II, p. 1116) defende até que aquele princípio tem também aplicação nas decisões posteriores, o que pode levar, por exemplo, à libertação de um burlão, internado num hospital psiquiátrico, ainda que se espere que ele cometa outras burlas de reduzida importância.

<sup>(237)</sup> A este propósito, recorde-se que no direito penal anterior ao CP de 1982 existia um preceito — art. 68.º, § único, do CP de 1886, na redacção dada pela RPenal de 1954 e mantida na de 72 — que impunha como condição do internamento a prática pelo inimputável de um crime, ao qual correspondesse pena de prisão por mais de seis meses.

<sup>(238)</sup> Assim, F. PALLIN, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, anotação ao § 21.º, Nm. 15, e MÜLLER-DIETZ, *JR*, p. 45.

enquanto exige a ponderação dos direitos fundamentais do delinquentes — *maxime* do direito à liberdade se se tratar de medida de segurança privativa de liberdade —, para além do valor comunitário da defesa contra o crime, vem, assim, a ser expressão do princípio da concordância prática <sup>(239)</sup>, princípio a que apelamos em matéria jurídico-constitucional e que encontra tradução no princípio da proporcionalidade pressuposto no art. 18.º, n.º 2, parte final, da CRP <sup>(240)</sup>.

Conclui-se do exposto que o recluso a quem sobreveio uma anomalia psíquica com o efeito de o tornar incapaz de apreender o sentido da pena é internado num estabelecimento de inimputáveis se a anomalia psíquica o tornar criminalmente perigoso e se a solução do internamento for proporcional à gravidade dos factos que se espera que o delinquentes venha a cometer no futuro e ao grau de perigo correspondente.

Ainda de medida de segurança se trata quando, nos termos do art. 105.º, se suspende a execução da pena, pois esta disposição comporta a possibilidade de o delinquentes ser criminalmente perigoso. Com efeito, o art. 105.º, n.º 1, exige que a anomalia psíquica não torne o portador criminalmente perigoso *nos termos do art. 91.º*, ou seja, aquele artigo tem também aplicação nas hipóteses de perigosidade que, contudo, não justificam um internamento, de acordo com o art. 91.º E esta solução não é de estranhar se recordarmos aqui o princípio da proporcionalidade: suspende-se a execução da pena até que cesse o estado de anomalia psíquica que deu causa à suspensão, sempre que a solução do internamento se revelar desproporcional à gravidade dos factos esperados e ao grau de perigo existente no caso.

A suspensão da execução da pena, de acordo com o n.º 1 do art. 105.º, ocorrerá ainda quando, não obstante estarem reunidas as condições para o internamento, o tribunal concluir que à suspensão deste se não opõe a necessidade de prevenção da perigosidade, valendo aqui o disposto no n.º 1 do art. 99.º do CP — verdadeira medida de segurança de substituição <sup>(241)</sup>. É que do princí-

<sup>(239)</sup> Sobre o princípio, v. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 220 ss., e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 234.

<sup>(240)</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 628 ss. O princípio da proporcionalidade pode ainda fazer-se assentar no n.º 3 do art. 18.º se se perfilharem, quanto à questão de saber o que é o *conteúdo essencial* dos preceitos, as teorias relativas, ou se se defender uma posição mista, como defende, entre nós, Vieira de Andrade (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 234 s.).

<sup>(241)</sup> Assim, ANABELA RODRIGUES, *BMJ*, p. 52, nota 118, e 57. Ao referir-se à disposição correspondente a este art. 99.º, n.º 1, Eduardo Correia (*Actas, BMJ*, 143, p. 39) caracte-

pio da proporcionalidade deriva também, no momento de escolha entre várias soluções alternativas, um princípio de menor intervenção possível, a dar cumprimento a uma ideia de necessidade <sup>(242)</sup>: a medida aplicada há-de revelar-se *necessária*, no sentido de nenhuma outra solução menos onerosa poder alcançar os objectivos pretendidos; exigência que se inscreve no princípio político-criminal da preferência pelas reacções criminais não detentivas face às detentivas <sup>(243)</sup>. Este *princípio da subsidiariedade do internamento* encontra apoio jurídico-constitucional directo no âmbito das medidas de segurança (art. 30.º, n.º 2, da CRP) e revê-se no ordenamento jurídico-penal português em geral: o art. 71.º do CP manda dar preferência à pena não privativa da liberdade, em detrimento da pena privativa, sempre que ambas sejam aplicáveis; os arts. 193.º, n.º 2, e 202.º, n.º 1, do CPP afirmam expressamente o carácter subsidiário da prisão preventiva.

A suspensão da execução da pena, por preterição do internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis, pode ainda ter lugar, por apelo a uma ideia específica de *adequação*, também corolário do princípio da proporcionalidade. O tratamento terapêutico em meio aberto pode revelar-se como o único adequado a prevenir a perigosidade do delinquente.

riza a suspensão do internamento, sugestivamente, como «uma espécie de 'probation' para os inimputáveis». Cavaleiro de Ferreira (*Lições de Direito Penal*, II, p. 215 s.), muito embora a considere equivalente à suspensão da execução da pena, caracteriza-a como um caso de modificação da medida de segurança de internamento, a ter lugar no momento da aplicação.

<sup>(242)</sup> Assim, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 1116, e SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º b, Nm. 1. Cfr. ainda a anotação ao § 74.º do AE (p. 141), disposição que ordena a substituição do internamento pelo tratamento ambulatorio, sempre que, através deste também se atinja o objectivo da medida de segurança privativa da liberdade. Esta norma, bem como a correspondente do actual CP, o § 67.º b, veda a suspensão sempre que o delinquente também seja condenado ao cumprimento efectivo de uma pena privativa da liberdade. Esta solução compreende-se se tivermos presente o § 67.º, consagrador do princípio do vicariato (v. *infra*, p. 125 s.) e a permitir, por conseguinte, a imputação do internamento na pena, com fundamento na privação da liberdade já sofrida com a execução prévia da medida de segurança. A circunstância de virmos a defender, posteriormente, a imputação da suspensão da execução da pena na pena não prejudica a conclusão no sentido de não haver internamento em estabelecimento de inimputáveis, sempre que a isso não se oponham as razões preventivas, pois diferentemente daquilo que o CP alemão pressupõe, os delinquentes aos quais aplicamos o art. 104.º não têm capacidade de compreensão da pena, o que torna indiferente haver ou não privação da liberdade. Cfr. *infra*, p. 133 s.

<sup>(243)</sup> Sobre este princípio, no contexto dos princípios directores da política criminal de emanção jurídico-constitucional, v. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 814 ss.

Já não se trata de aplicar uma medida de segurança quando, ainda nos termos do art. 105.º, à suspensão da execução da pena não se liga a existência de um estado de perigosidade criminal, muito embora o delinquente possa ficar sujeito ao cumprimento de deveres e à vigilância previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 94.º E se isto levanta algumas questões relativamente à natureza jurídica da situação — não se aplica uma medida de segurança e suspende-se a execução da pena —, exprime bem que a ideia norteadora do CP não é pura e simplesmente a superveniência de uma anomalia psíquica que torna ou não o delinquente criminalmente perigoso, justificando a primeira hipótese a aplicação de uma medida de segurança, mas sim a circunstância de o delinquente ter ou não capacidade para apreender o sentido da pena, condição indispensável para a realização das finalidades desta e a justificar a aplicação destas medidas de diversão.

A solução da aplicação das medidas previstas para os inimputáveis perigosos àqueles que são portadores de uma anomalia psíquica posterior à prática da infracção não é de todo em todo estranha, do ponto de vista do direito comparado e do direito português anterior ao CP de 1982.

O CP italiano (art. 148.º) prescreve que o condenado é internado num manicómio judiciário — medida de segurança a aplicar aos inimputáveis (art. 222.º) —, até cessar a enfermidade mental sobrevinda que impediu a execução da pena; o CP espanhol, no art. 82.º, por remissão para o art. 8.º, n.º 1, parágrafo 2.º — disposição que cuida do destino a dar aos inimputáveis — manda proceder ao internamento em estabelecimento destinado a doentes daquele tipo até cessar a alienação mental.

Contudo, a solução destes ordenamentos jurídicos é bem distinta da do direito português: por um lado, não fazem depender este internamento de um estado de perigosidade, o que faz com que este nem sempre assuma a natureza de medida de segurança <sup>(244)</sup>, ao contrário do CP português onde o internamento tem sempre esse carácter; por outro lado, precisamente porque não distinguem os casos a partir da ideia de perigosidade não encontramos aqui uma solução equivalente à da suspensão da execução da pena, opção criticável se pensarmos que pode comportar uma intervenção excessiva na esfera de direitos do recluso.

O direito penal português, anterior ao actualmente em vigor, previa expressamente a aplicação da medida de segurança aplicada aos inimputáveis — o inter-

<sup>(244)</sup> G. Novelli (*RDP*, p. 106) afirma expressamente que o internamento em manicómio criminal, de acordo com o art. 148.º do CP italiano, não é uma verdadeira medida de segurança, compreendendo-se, no entanto, esta solução se pensarmos que o delinquente, cuja enfermidade mental tem por efeito a suspensão da execução, se encontra numa condição psíquica idêntica à daqueles que são absolvidos por anomalia psíquica (cfr. *supra*, p. 39 s.).

namiento em manicómio criminal — aos delinquentes a quem tivesse sobrevivendo anomalia mental durante a execução da pena (arts. 68.º, § único, 70.º, § 1.º, e 72.º, n.º 2, do CP de 1886, na redacção dada pela reforma de 1972). Este internamento em manicómio criminal, na qualidade de medida de segurança, vem já da RP de 1936 (arts. 147.º e 8.º, n.º 1). No entanto, o tratamento idêntico dos inimputáveis perigosos e dos imputáveis criminalmente perigosos em virtude de anomalia psíquica posterior à prática do crime ocorre, entre nós, como o Decreto de 11 de Maio de 1911, diploma criador dos manicómios criminais, que permite neles o internamento dos delinquentes julgados irresponsáveis por alienação mental e o dos que enlouqueceram nos cárceres durante o cumprimento das penas. Anteriormente a ele, a Lei de 4 de Julho de 1889 mandava internar nas enfermarias especiais do hospital de Lisboa os que fossem absolvidos por motivo de alienação mental e nas enfermarias das penitenciárias centrais os que aparecessem alienados ou epiléticos durante o cumprimento da pena<sup>(245)</sup>. Seriam internados no mesmo local dos inimputáveis apenas quando, ao expirar da pena, não fosse conveniente transferi-los para os hospitais de círculo respectivos, ou entregá-los às famílias por sofrerem de alienação perigosa.

## 2.2. Conteúdo

As medidas de diversão previstas nos arts. 104.º e 105.º do CP vêm a significar para aquele a quem são aplicadas uma intervenção na sua esfera de direitos:

a) O art. 104.º, ao prescrever o internamento em estabelecimento de inimputáveis, restringe ao imputável a quem foi aplicada uma pena privativa da liberdade o direito fundamental de não ser privado da liberdade de movimentos (cfr. art. 27.º da CRP), pese embora a aparente contradição. Na verdade, a partir do momento em que a anomalia psíquica impeça a apreensão do sentido da pena e, conseqüentemente, a concretização das finalidades desta, a privação da liberdade decorrente da aplicação judicial da pena deixa estar justificada constitucionalmente — a restrição de direitos, liberdades e garantias só pode justificar-se para salvaguardar um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (cfr. arts. 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 2, da CRP)<sup>(246)</sup>;

<sup>(245)</sup> Sobre isto, LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, II, anotação ao art. 126.º

<sup>(246)</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 18.º, X, e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 238 s.

b) O art. 105.º permite que o tribunal sujeite o delinquente ao cumprimento dos deveres e à vigilância previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 94.º: os deveres de se submeter a tratamento e regime de cura apropriados e de se prestar a exames e observações nos lugares que lhe forem indicados; e a colocação sob vigilância tutelar de trabalhadores sociais especializados.

Constitui uma novidade, no plano do direito português e também no do direito comparado, esta solução da suspensão da execução da pena com imposição de deveres e sujeição do delinquente a vigilância. Esta «diversão com intervenção»<sup>(247)</sup> exprime, de uma forma muito particular, a ideia que norteia estas medidas — a criação efectiva das condições para ser levada a cabo uma execução da pena com sentido —, do mesmo passo que podem ser retirados efeitos importantes, do ponto de vista preventivo, deste exemplo de incontestável empenho comunitário na execução da pena.

As apontadas intromissões nos direitos do delinquente não devem significar, contudo, a imposição coactiva de um tratamento médico-terapêutico<sup>(248)</sup>. Elas não-de analisar-se, fundamentalmente, na privação da liberdade imposta pelo art. 104.º e naquilo que representa para o delinquente ter que se prestar a exames e observações nos lugares que lhe forem indicados, ser colocado sob a vigilância tutelar de trabalhadores sociais especializados e suportar a oferta permanente de um tratamento terapêutico.

E com isto nem sequer se poderá dizer que desta forma é o carácter de medida de segurança, atribuído às medidas de diversão que assentam na perigosidade do delinquente, que fica completamente desvirtuado, pois as medidas de segurança em sentido estrito são precisamente aquelas que cumprem somente uma função inocuidadora: previnem a prática de crimes através da segregação do delinquente, sendo dada aqui uma importância de primeiro plano à ideia de segurança, à ideia de defesa da sociedade, com a conseqüente subalternização do indivíduo-delinquente. Ora, o internamento de imputáveis perigosos está pensado primordialmente para a mencionada defesa da sociedade: não ocorre para que através do tratamento terapêutico o delinquente deixe de ser criminalmente perigoso; tal tratamento inscreve-se no programa que é oferecido ao delinquente, ainda nos quadros da execução da pena. Trata-se de oferecer um programa de tratamento intra-muros, por não ser comunitariamente suportável o tratamento em meio aberto de um indivíduo criminalmente perigoso, condenado em pena privativa da liberdade ainda não cumprida.

<sup>(247)</sup> Cfr. *supra*, p. 81.

<sup>(248)</sup> Cfr. *supra*, p. 83 ss.

De todo o modo, o tratamento coactivo, indubitavelmente ligado a certo tipo de medidas de segurança, não tem que ser visto como algo definitivamente adquirido, como característica irrenunciável das medidas de segurança.

A generalidade da doutrina considera que às medidas de segurança cabe uma finalidade de prevenção especial <sup>(249)</sup>. Se esta é a sua função genérica o que é facto é que aos diferentes tipos de medidas de segurança correspondem funções específicas: as medidas de segurança em sentido estrito cumprem uma função inculcadora e caso seja possível, de ressocialização; as educativas servem uma função de reeducação; as terapêuticas têm a função básica de tratamento ou cura. Todas encontram justificação na necessidade de prevenção — evitar que o delinquente cometa crimes —, mas enquanto as primeiras visam imediatamente a sociedade, as outras atendem de forma imediata ao benefício do sujeito <sup>(250)</sup>. Precisamente em função desta distinção, o direito alemão não fala, indistintamente, em medidas de segurança privativas da liberdade, antes especifica «medidas privativas da liberdade de tratamento e de segurança» — *freiheitsziehende Maßregeln der Besserung und Sicherung*. Nas primeiras cabem medidas como a do internamento em estabelecimento psiquiátrico dos delinquentes inimputáveis e de imutabilidade diminuída, criminalmente perigosos (§ 63.º do CP alemão), ou ainda a medida prevista no § 64.º e que consiste num internamento para desintoxicação (v. g., o caso dos alcoólicos); nas segundas, o exemplo paradigmático é o do internamento de segurança, previsto no § 66.º para os delinquentes habituais perigosos <sup>(251)</sup>. Já o legislador austríaco, para o mesmo tipo de medidas <sup>(252)</sup>, utiliza a expressão «medidas privativas da liberdade preventivas» — *freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen* —, o que não deixa de ser mais abrangente do que a expressão utilizada entre nós e noutros ordenamentos. Mas mesmo o legislador português não foi indiferente à distinção, pois no art. 91.º refere, expressamente, o internamento em estabelecimento de *cura, trata-*

<sup>(249)</sup> Assim, F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 43.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 737; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 51 s.; C. FINZI, sep. *Nuevo pensamiento Penal*, p. 184; A. BERISTAIN, *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo*, p. 50.

<sup>(250)</sup> Sobre os diversos tipos de medidas de segurança, v. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 113; MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p. 81; A. BERISTAIN, *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo*, p. 67 ss.; PALMA CARLOS, *Os Novos Aspectos do Direito Penal*, p. 281 ss.

<sup>(251)</sup> Para uma visão global das medidas de segurança previstas no CP alemão, v. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 1117 ss.

<sup>(252)</sup> Para um estudo comparativo das medidas de segurança nestes dois ordenamentos, v. MÜLLER-DIETZ, *ZfStrVo*, p. 295 ss.

mento ou segurança, impondo o art. 500.º, n.º 1, do CPP que o tribunal especifique o tipo de instituição em que aquele deve ser cumprido <sup>(253)</sup>.

Resta agora saber se as mencionadas medidas de segurança que visam em primeira linha o tratamento, a cura, do delinquente, enquanto medidas que impõem coactivamente esse tratamento ou cura, são hoje de aceitar a partir dos pressupostos do Estado de Direito democrático e social, ou se, pelo contrário, este só aceita as medidas de segurança em sentido estrito, mas estando a elas ligadas a exigência de, em compensação, o Estado dever oferecer um programa de tratamento, tratamento que surgiria sempre como algo em que o delinquente participaria voluntariamente. No fundo, trata-se de levar para o âmbito das medidas de segurança princípios hoje tidos como adquiridos no domínio das penas <sup>(254)</sup>, não esquecendo que todo o movimento no sentido de o direito penal não querer fazer do «réu um sábio, um santo ou um herói» <sup>(255)</sup>, mas tão-só um homem que não cometa crimes, por opção própria, é um movimento de luta contra as influências de um modelo terapêutico que via a sanção como um internamento para cura coactivamente imposto <sup>(256)</sup>; um modelo ao qual estão indissolivelmente ligadas as medidas de segurança e as penas aplicadas ao delinquente com a pretensão de o regenerar internamente, bem como um certo modelo de Estado — o do Estado-providência. Este Estado social intervencionista concebe as medidas de segurança na perspectiva exclusiva da defesa da sociedade, reduzindo aquele a quem

<sup>(253)</sup> Uma leitura global do texto do CP, permite uma distribuição dos delinquentes — ainda que tendencial — pelos diversos tipos de estabelecimentos: os estabelecimentos de cura destinam-se-iam a alcoólicos e toxicodependentes em geral, declarados inimputáveis perigosos (cfr. art. 282.º); os estabelecimentos de tratamento abrangeriam os inimputáveis perigosos, em virtude de anomalia psíquica; os estabelecimentos de segurança albergariam os delinquentes imputáveis incorrigíveis, declarados inimputáveis nos termos do art. 20.º, n.º 3 (cfr. *supra*, p. 73 ss.).

Encontramos no direito português um outro exemplo de internamento de segurança: a Lei n.º 19/86, de 19 de Julho — lei dos incêndios florestais — manda aplicar aos inimputáveis perigosos a medida de segurança do art. 91.º do CP, *sob a forma de internamento intermitente e coincidente com a época normal de fogos* (art. 4.º).

<sup>(254)</sup> Mais amplamente queremos dizer que «em qualquer circunstância nunca o poder sancionador do estado pode ofender a esfera mais irredutível do homem, é dizer, a sua dignidade como pessoa, comunitariamente assumida». A asserção é de FARIA COSTA, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, p. 362, nota 10, e, justamente, para a fazer valer no domínio das medidas de segurança.

<sup>(255)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Para uma Nova Justiça Penal*, p. 21.

<sup>(256)</sup> Para a caracterização deste modelo, em síntese, v. H.-H. JESCHECK, *AnDPCP*, p. 25 s.

as aplica a mero objecto, pois não considera a possibilidade de este exercer o «direito de ser diferente» que a vertente democrática do Estado lhe reconhece, como expressão da ideia de diálogo entre o indivíduo-delinquente e a comunidade. E isto ainda que aquele seja «um triste direito de ser diferente» <sup>(257)</sup>.

A sugestão acabada de fazer encontra apoio no art. 217.º da RP de 1979: «O internamento resultante da aplicação de uma medida de segurança visa a defesa da sociedade, devendo ser orientado a reintegrar o internado na vida livre». Esta disposição, ao mesmo tempo que destaca a finalidade inocuidadora da medida de segurança — ela visa a defesa da sociedade —, não deixa de fazer apelo a um programa de tratamento. Do internamento também é esperada a reintegração do internado na vida livre, o que se é revelador da compensação que o Estado deve ao delinquente — compensação que se concretiza na criação das condições necessárias para a reintegração social —, não é menos expressivo do afastamento de uma ideia de tratamento coactivamente imposto. Ou seja, esta disposição afasta as medidas de segurança de tratamento, as *Maßregel der Besserung*, naquilo em que estas significam a imposição coactiva de um tratamento. E este entendimento do art. 217.º da RP ganha mais consistência se se mencionar o artigo seguinte, onde é dito que são aplicáveis, por analogia, as *normas sobre a execução das penas privativas da liberdade*, na medida em que nada se dispuser em contrário. Se, genericamente, isto quer afastar, também do domínio das medidas de segurança, a «ideologia do tratamento» coactivamente imposto, concretamente, somos remetidos para os arts. 3.º, n.º 4 — «a execução deve, tanto quanto possível, estimular a participação do recluso na sua reinserção social, especialmente na elaboração do seu plano individual» (art. 9.º) <sup>(258)</sup> —, e 127.º, n.ºs 1 e 4 — «só podem impor-se coercivamente aos reclusos exames médicos, tratamentos ou alimentação em caso de perigo para a sua vida ou grave perigo para a sua saúde»; «os meios coercivos só podem impor-se uma vez esgotados os esforços razoáveis para obter o consentimento do recluso». E com esta última disposição fica também afastada a hipótese de, em regra, valer neste domínio o art. 158.º, n.º 3, do CP: o agente não será punível quando a intervenção ou o tratamento forem impostos pelo cumprimento de uma obrigação legal <sup>(259)</sup>.

<sup>(257)</sup> Assim conclui EDUARDO CORREIA, *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*, p. 15.

<sup>(258)</sup> Dos arts. 3.º, n.º 4, e 9.º pode retirar-se que o legislador não estabeleceu um dever de participação do recluso na obtenção das finalidades da execução. Trata-se tão-só de uma necessidade de participação, à qual não corresponde qualquer medida disciplinar. Assim, ANABELA RODRIGUES, sep. *BMJ*, p. 29.

<sup>(259)</sup> Sobre o alcance desta norma, particularmente por referência ao art. 127.º da RP de 1979, cuja constitucionalidade é legítimo suscitar, cfr. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO,

A exigência do consentimento para tratamento terapêutico daquele a quem aplicamos uma medida de segurança, em virtude de uma anomalia psíquica com o efeito de tornar o portador criminalmente perigoso, é expressão da tendência no sentido de o delinquente psiquicamente anómalo dever ser tratado segundo as regras que valem para aqueles que não são delinquentes <sup>(260)</sup>. E isto não pode ser contraditado com o argumento de o psiquicamente anómalo, em regra, não possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do consentimento — cfr. art. 38.º, n.º 3, do CP <sup>(261)</sup> —, nem tão-pouco se devem invocar aqui os prejuízos irremediáveis do ponto de vista do regime do estabelecimento — cfr. arts. 111.º e segs. da RP de 1979 <sup>(262)</sup>.

### 2.3. Duração

Como já deixámos assinalado, as medidas de diversão têm como objectivo criar as condições indispensáveis para o delinquente poder compreender a pena que lhe foi aplicada e assim a execução desta levar a cabo a concretização das finalidades que lhe são apontadas, daqui decorrendo que o internamento em estabelecimento de inimputáveis e a suspensão da execução da pena durem enquanto durar a razão justificativa da não execução da pena privativa da liberdade, ou seja, a incapacidade de compreensão da pena, independentemente de subsistir ou não o estado de perigosidade criminal. Dever-se-ia até exigir da lei que dispusesse relativamente à exigência de ser periodicamente revista a situação do portador da anomalia psíquica <sup>(263)</sup>.

No que diz respeito à duração máxima das medidas de diversão, a referência permanente e irrenunciável à pena, não pode impor outra coisa que não seja a de ser a duração desta a estabelecer as balizas temporais: coincidirão, no seu máximo, com o tempo destinado à execução da pena ou com o que para ela fal-

sep. *BMJ*, p. 56, SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, p. 130 ss., e COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 407 s. e, especialmente, nota 129.

<sup>(260)</sup> Esta foi uma das conclusões do 7.º Colóquio de Criminologia que decorreu em Strasbourg, em Novembro de 1985, p. 99.

<sup>(261)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, sep. *BMJ*, p. 57. Os Autores defendem, expressamente, que o art. 38.º, n.º 3, vale também, relativamente ao consentimento para intervenção e tratamento médico-cirúrgicos, apesar do art. 159.º do CP.

<sup>(262)</sup> Cfr. *supra*, p. 19.

<sup>(263)</sup> Assim, e bem, o art. 107.º do *Projecto* de 91, que prevê a revisão, oficiosa ou a requerimento, nas situações hoje previstas nos arts. 103.º, 104.º e 105.º

tar, consoante as medidas sejam aplicadas antes ou depois de a execução ter tido início. Os arts. 104.º e 105.º do CP são omissos relativamente a esta duração, a contrastar com o preceituado no art. 103.º onde o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis é por tempo correspondente à duração da pena, o que significa que esta privação da liberdade tem como medida máxima o tempo de duração da pena ou o que faltar para o termo do cumprimento desta. Esta omissão é, no entanto, compreensível se se pensar que o legislador atribuiu às medidas em causa, concretamente as que se ligam à perigosidade do delinquente, a natureza de medida de segurança, pois o código onde se inserem não condiciona temporalmente esta sanção — ela dura enquanto durar o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem (art. 92.º, n.º 1, do CP). Este raciocínio pode ser reforçado pela circunstância de o art. 124.º, § 2.º, do *Projecto* de 63, artigo correspondente ao 103.º do código actual, possibilitar a prorrogação da pena, se findo o cumprimento desta o delinquente fosse considerado criminalmente perigoso. O legislador não sentiu necessidade de preceituar algo semelhante para a situação hoje coberta pelo art. 104.º, porque neste caso já não se tratava de uma pena, mas sim de uma medida de segurança e como tal a duração iria até onde fosse o estado de perigosidade do indivíduo em causa.

Uma solução deste tipo, a permitir que a duração da medida de diversão possa coincidir com a duração da anomalia psíquica que lhe deu causa merece-nos vários reparos, atendendo ao ordenamento jurídico positivo português, para além de nos merecer a crítica genérica de adiar, sem limites temporais, o restabelecimento da paz jurídica do delinquente, ao que acresce a circunstância de estas medidas representarem sempre uma intervenção na esfera de direitos daquele <sup>(264)</sup>.

Num ordenamento jurídico onde a perigosidade pré-delitual não releva penalmente, no sentido de justificar a aplicação de uma medida de segurança <sup>(265)</sup>, estar-se-iam a tratar diferentemente indivíduos que têm a distingui-los apenas a circunstância de sobre eles impender uma pena. Aliás, ainda que assim não fosse, não é indiferente nesta matéria pensarmos que, muito embora seja a perigosidade criminal que justifica o internamento, o que verdadeiramente está em causa é sempre a criação das condições favoráveis para a execução de uma pena e, portanto, quando muito, depois de expirado o prazo destinado à execução

<sup>(264)</sup> No sentido do texto, cfr. *Projecto* de 91, art. 105.º, n.º 1, para o internamento fundado em anomalia psíquica com os efeitos previstos no art. 91.º — «tempo correspondente à duração da pena» — e art. 106.º, n.º 4, para a anomalia psíquica sem aqueles efeitos — «o tempo de duração da pena em que o agente foi condenado não pode em caso algum ser ultrapassado».

<sup>(265)</sup> Cfr. *supra*, p. 30 s., e *infra*, p. 112 ss.

daquela é que se colocaria a hipótese de ao delinquente ser aplicada a tal medida de segurança pré-delitual.

A defesa do condicionamento temporal das medidas de diversão, ao mesmo tempo que se caracterizam como medidas de segurança, se, por um lado, questiona a nota tradicionalmente a esta apontada — a medida de segurança é, pela sua própria natureza, temporalmente indeterminada — por outro, vai ao encontro daquilo que impõe o art. 30.º, n.º 1, da CRP. Este consagra o *princípio da natureza temporária, limitada e definida das medidas de segurança* privativas ou restritivas da liberdade, princípio que é expressão do direito à liberdade (art. 27.º da CRP) e da ideia de protecção da segurança, ínsita no princípio do Estado de Direito <sup>(266)</sup>.

O disposto no art. 30.º da CRP levanta, até, algumas dúvidas relativamente ao que o CP de 1982 consagra nesta matéria. Este, à excepção do primeiro internamento de inimputável (art. 92.º, n.º 2), não estabelece qualquer prazo de duração máxima das medidas de segurança, antes prescrevendo a regra clássica de que «o internamento findará quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem» (art. 92.º, n.º 1). Muito embora o art. 93.º, n.º 2, do mesmo diploma estabeleça a apreciação judicial obrigatória da situação do internado, decorridos 3 anos sobre o início do internamento e 2 sobre a decisão que o tenha mantido — sempre se podendo dizer que, em princípio, a medida de segurança tem uma duração máxima de 3 anos, ou mais 2 sobre a decisão que o tenha mantido, salvaguardando-se, desta forma, a não perpetuidade das medidas de segurança <sup>(267)</sup> —, pensamos que este regime não está de acordo com o disposto na CRP, sob pena de confundirmos regras de revisão da situação do internado com a pré-fixação máxima de um prazo. O que parece resultar da Lei fundamental é o estabelecimento de uma duração máxima da medida — dentro da qual vai sendo revista a situação do internado —, terminando esta quando o prazo expirar, independentemente de se manter ou não o estado de perigosidade criminal. *Excepcionalmente*, a medida vai para além da duração que se pré-fixou, é prorrogada, mediante certas condições que o art. 30.º, n.º 2, da CRP fixa, precisamente para evidenciar o carácter excepcional da solução: verificação prévia da existência do estado de perigosidade; demonstração da impossibilidade de terapêutica em meio aberto — princípio da necessidade do internamento; e sujeição da prorrogação ao princípio da reserva de decisão judicial <sup>(268)</sup>.

<sup>(266)</sup> Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 30.º, II.

<sup>(267)</sup> Assim, ANABELA RODRIGUES, sep. *BMJ*, p. 56, nota 128.

<sup>(268)</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 30.º, III.

Retomando o art. 92.º, n.º 2, e pressupondo que o inimputável comete um crime de homicídio, a duração máxima do primeiro internamento é de 20 anos (cfr. art. 131.º), findos os quais, só excepcionalmente, há prorrogação da medida de segurança, mas sendo certo, contudo, que, dentro do período de 20 anos há, periodicamente, a revisão obrigatória da situação do internado — a primeira ocorrerá três anos depois do início do internamento e as seguintes de dois em dois anos sobre a decisão que o tiver mantido (art. 93.º, n.º 2) —, solução que subscreve a regra de que o internamento cessa logo que cessar o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem e que, consequentemente, gera a possibilidade da invocação, a todo o tempo, de causa justificativa da cessação do internamento (art. 93.º, n.º 1) <sup>(269)</sup>.

A solução do estabelecimento de um prazo de duração máxima das medidas de segurança vai, de resto, ao encontro do movimento conducente à «legalidade substantiva das medidas de segurança» <sup>(270)</sup> de que são exemplo, a adop-

<sup>(269)</sup> Sobre esta matéria, v. o Parecer n.º 3/76 da Comissão Constitucional (*Pareceres da Comissão Constitucional*, I, p. 35), onde se escreve: «é actualmente de admitir, sem a menor dúvida, e mesmo de exigir, quando privativas de liberdade, a existência de medidas de segurança decretadas a termo final certo». Embora este parecer o não afirme expressamente indicia que, em face do art. 30.º, n.º 1, da CRP, deveria ser fixado, judicialmente, um prazo de duração máxima a todas as medidas de segurança privativas da liberdade, à semelhança do que ocorre no âmbito das penas. Não é este, obviamente, o entendimento que fazemos do art. 30.º da CRP. Pela própria natureza da medida de segurança, está afastada qualquer coisa como uma determinação judicial do quantum da medida de segurança, sendo apenas possível uma fixação legal do limite máximo. No entanto, a jurisprudência portuguesa fornece-nos alguns exemplos de determinação judicial da duração concreta da medida de segurança, ou pelo menos, da determinação judicial do limite máximo, o que se torna possível apenas porque estamos em face de decisões não fundamentadas. Cfr., entre outras, as seguintes decisões: decisão do Tribunal de Instrução Criminal de Beja, de 5 de Junho de 1986 — 5 anos; acórdão do Tribunal Judicial de Fafe, de 17 de Maio de 1989 — tempo não inferior a 6 meses; acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Évora, de 31 de Maio de 1989 — mínimo de 3 e máximo de 7 anos; acórdão do Tribunal Judicial de Monção, de 7 de Novembro de 1989 — 3 anos, o montante a aplicar se fosse uma pena (!); acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Vila Real de Santo António, de 29 de Novembro de 1989 — 3 a 5 anos. Em sentido contrário, cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Outubro de 1990 (Proc. n.º 41 010, *Actualidade Jurídica*, n.º 12, p. 5) e de 27 de Novembro de 1991 (*CJ*, XVI, V, p. 12 e 15).

Saliente-se ainda que o CPP, no art. 500.º, estabelece apenas que a decisão que decretar o internamento determina, *se for caso disso* — trata-se de um primeiro internamento (art. 92.º, n.º 2) ou tem aplicação o n.º 2 do art. 91.º — a duração máxima e mínima do internamento, muito embora, incompreensivelmente pressuponha uma determinação temporal das medidas de segurança nos arts. 16.º, n.ºs 3 e 4, e 270.º, n.º 2.

<sup>(270)</sup> Cfr. *infra*, p. 106 ss.

ção do princípio da proporcionalidade e a extensão do princípio da legalidade a esta matéria. Mas exemplo também, a mencionada defesa do estabelecimento da duração máxima das medidas de segurança, o que pode até ser visto como uma consequência dos mencionados princípios <sup>(271)</sup>. Pré-fixação temporal que coloca algumas dificuldades, na medida em que, pela sua própria natureza, estas medidas não permitem uma pré-determinação judicial da sua duração em função da permanência da perigosidade, embora seja aceitável que essa limitação temporal tenha como referência o limite máximo da moldura penal prevista para o crime cometido e para os que se espera que o delinquente venha a cometer, uma vez que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, há-de atender-se à gravidade de um e de outros <sup>(272)</sup> <sup>(273)</sup>.

A assunção do risco de pôr termo a uma medida de segurança quando o delinquente ainda é criminalmente perigoso — afinal, o mesmo risco que a sociedade corre quando, finda a pena, liberta um reincidente <sup>(274)</sup> — é, de resto, assumido pelo CP português, relativamente aos inimputáveis perigosos: o primeiro internamento não pode exceder em mais de quatro anos o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado pelo inimputável, excepto se o perigo de novos crimes contra pessoas for *de tal modo grave* que desaconselhe o risco da sua libertação (art. 92.º, n.º 2). E Eduardo Correia justificou a solução alegando precisamente «a tendência moderna para de alguma forma se eticizarem as medidas de segurança» <sup>(275)</sup>. Este «esforço para revestir a estrutura e a aplicação das medidas de segurança de garantias conformes à ideia do Estado de

<sup>(271)</sup> Assim, relativamente ao princípio da legalidade, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 64, e E. MUSCO, *La Misura di Sicurezza Detentiva*, p. 282. Contra P. NUVOLONE *Enciclopedia del Diritto*, p. 635. Schönke/Schröder/Stree (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º d, Nm. 1) invocam o Estado de Direito para justificar as limitações temporais que o direito alemão conhece em matéria de internamento em estabelecimento de desintoxicação — dois anos — e de primeiro internamento de segurança — dez anos — de acordo com o § 67.º d. Quanto ao princípio da proporcionalidade, cfr. MUÑOZ CONDE, *Strafrechtspolitik*, p. 119.

<sup>(272)</sup> Assim, MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, *Aditamentos*, p. 124, MUÑOZ CONDE, *Strafrechtspolitik*, p. 119 e 131, e o art. 92.º, n.º 2, do *Projecto* de 91 (cfr. *infra*, nota 289).

<sup>(273)</sup> No caso das medidas de diversão, obviamente que a duração destas vai coincidir com a da pena concreta (cfr. *supra*, p. 101 s.). Solução idêntica é acolhida no art. 9.º, 1.ª, do CP Espanhol quando impede que a duração da medida de internamento seja superior à duração da pena que também foi aplicada ao delinquente de imputabilidade diminuída.

<sup>(274)</sup> Com muita razão o afirmam MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, *Aditamentos*, p. 124.

<sup>(275)</sup> *Actas, BMJ*, 152, p. 13 s. No mesmo sentido, foi o parecer da Câmara Corporativa, *PCC*, p. 416.

Direito»<sup>(276)</sup> caracterizou desde muito cedo o direito penal português, ainda que, inicialmente, apenas do ponto de vista processual.

### 2.3.1. Legalidade processual e substantiva das medidas de segurança — evolução

A preocupação da RP de 1936 em dar um maior relevo à prevenção especial acarretou profundas alterações no direito criminal e penitenciário português, nomeadamente ao organizar um conjunto de medidas de segurança condicionadas pelo estado perigoso do delincente que as justificava e que as tornava de duração indeterminada. «Daqui resultou — segundo Beleza dos Santos — tornar-se mais extensa e aguda a necessidade de serem apreciadas *situações* onde entram em jogo interesses e valores frequentemente em oposição, como acontece com os da *defesa social* contra o crime e os da *liberdade individual*»<sup>(277)</sup> e daí, portanto, a criação dos tribunais de execução das penas e a consequente juridicalização do cumprimento das medidas de segurança, através do Decreto n.º 34 553, de 30 de Abril de 1945, no seguimento da Lei n.º 2000, de 16 de Maio de 1944<sup>(278)</sup>. No direito português «a extensão do domínio da aplicação das medidas de segurança é acompanhada por uma intensificação do que se poderia chamar a legalidade processual da instituição», usando aqui as palavras conclusivas de Marc Ancel<sup>(279)</sup>, também já aplicáveis ao Projecto de Código Penal de Levy-Maria Jordão por no art. 156.º, § único, estipular que a detenção suplementar era pronunciada pelo *juízo de primeira instância* da localidade do estabelecimento penal.

Um primeiro passo no sentido da «legalidade substantiva» das medidas de segurança foi dado, posteriormente, pela RPenal de 1954, ao consagrar nesta matéria o princípio da tipicidade (art. 54.º), vindo aquela legalidade a ser reforçada com a Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto, ao dar nova redacção ao art. 8.º, n.º 11, da Constituição Política Portuguesa de 1933. Segundo este, passa a não poder haver medidas de segurança privativas de liberdade com carácter perpétuo, com duração ilimitada ou estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis, ressalvadas as medidas de segurança que se fundem em anomalia psíquica com fim

<sup>(276)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 787.

<sup>(277)</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal*, p. 38.

<sup>(278)</sup> Para uma síntese da competência dos tribunais de execução das penas, v. BELEZA DOS SANTOS, *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal*, p. 17 s.

<sup>(279)</sup> MARC ANCEL, *Les Mesures de Sureté en Matière Criminelle*, p. 22.

terapêutico. A nova redacção deste preceito da Constituição Política Portuguesa, constitui o antecedente mais imediato do art. 30.º da CRP de 1976, com a diferença de que este alarga o *princípio* às próprias medidas de segurança fundadas em anomalia psíquica. Podemos mencionar um antecedente ainda mais remoto se recordarmos aqui o art. 156.º do Projecto de Código Penal de Levy-Maria Jordão que fixava um limite temporal à detenção suplementar — um terço do tempo da pena ou o dobro desta duração se se tratasse de reincidente. Esta limitação temporal não podia ser entendida como algo de contraditório num pensamento que vê o crime como uma doença contagiosa da alma, a pena o seu remédio e a prisão como um hospital, onde deve fazer-se o tratamento e a cura, o que permitiria, em consequência, um internamento de duração indeterminada. Não, esta incoerência aparente representava apenas a conciliação do interesse da defesa social contra os delinquentes perigosos não corrigidos com a segurança jurídica, com a justa defesa do indivíduo contra o arbítrio judiciário ou administrativo<sup>(280)</sup>.

A nova redacção daquela disposição da Constituição de 1933, motivou a RPenal de 1972: as medidas de segurança privativas de liberdade, à excepção do internamento em manicómio criminal, passaram a ter um limite máximo de três anos; a prorrogabilidade das penas dos delinquentes habituais, por tendência e anormais perigosos passou a restringir-se a dois períodos sucessivos de três anos (arts. 67.º e 68.º); a duração total das penas e medidas de segurança privativas de liberdade aplicadas cumulativamente a um delincente passou a não poder exceder trinta anos (art. 73.º).

No direito actualmente em vigor é de destacar, ao nível substantivo, o art. 29.º da CRP de 1976 que estende às medidas de segurança o princípio da legalidade em toda a sua extensão, o que permite afirmar que este princípio director da política criminal de emanção jurídico constitucional<sup>(281)</sup> tem por objecto «todo o direito criminal que possa dizer-se constitutivo *in malam partem*»<sup>(282)</sup>. Esta conclusão ainda é mais evidente se salientarmos que, mesmo ao nível do texto constitucional, houve uma evolução, uma vez que no texto inicial da CRP, o art. 29.º restringia os princípios aqui contidos às medidas de segurança privativas da liberdade, vindo o alargamento a verificar-se com a Lei Constitu-

<sup>(280)</sup> Assim, BELEZA DOS SANTOS, *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal*, p. 19 ss.

<sup>(281)</sup> Sobre ele, FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 814.

<sup>(282)</sup> Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 309 ss., especialmente nota 10. Sobre o art. 29.º da CRP, v. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 29.º; SOUSA E BRITO, *Estudos sobre a Constituição*, p. 197 ss.

cional 1/82, bem se podendo afirmar, pois, que no direito português há uma parificação das condições de aplicação das medidas de segurança com as das penas. Asserção esta que permite contrapor o sistema actual àquele em que em nome da prevenção especial de socialização é legítimo aplicar a medida de segurança atendendo ao último momento processualmente possível — se é que não mesmo aplicar a medida que se revele mais adequada durante a execução, ainda que mais gravosa — e não ao da prática do facto, já que este é um mero «pretexto» para fazer face à perigosidade criminal.

Do art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da CRP retira-se que só a lei — a lei da Assembleia da República ou o decreto-lei autorizado do Governo (art. 168.º, n.º 1, c)) — é competente para definir as medidas de segurança e respectivos pressupostos — *princípio da legalidade em sentido estrito*; a lei deve especificar suficientemente os pressupostos das medidas de segurança, bem como tipificá-las — *princípio da tipicidade* ou, como preferimos, *princípio da especificidade*; a lei não pode aplicar medidas de segurança a situações anteriormente irrelevantes — *v. g.*, o facto ainda não era crime no momento da sua prática — nem aplicar medida de segurança mais grave do que a prevista no momento da verificação dos pressupostos de que depende — *princípio da não retroactividade*, estando, contudo, salvaguardada a lei mais favorável — *v. g.*, a aplicação de uma medida de segurança menos grave ou a sua não aplicação se uma lei posterior descriminalizar o facto praticado (283) (284).

Este art. 29.º repercutiu-se, obrigatoriamente, no CP de 1982, pondo a claro o contraste com o CP de 1886, onde disposições idênticas não tinham assento. Assim: a medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade desde que os respectivos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento, não sendo permitida a analogia para definir um estado de perigosidade ou determinar a medida de segurança que lhe corresponde — art. 1.º, n.ºs 2 e 3; as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento do preenchimento dos pressupostos de que dependem — art. 2.º, n.º 1 (285) (286).

(283) Desenvolvidamente sobre os «corolários normativos» do princípio da legalidade — lei formal, lei prévia e lei determinada —, CASTANHEIRA NEVES, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 314 ss.

(284) Sobre o princípio da legalidade e as medidas de segurança, *v.* TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, p. 168 ss.

(285) Embora os n.ºs 2 e 4 do art. 2.º não façam uma referência expressa às medidas de segurança, eles são-lhes aplicáveis, por apelo ao art. 29.º, n.º 4, da CRP.

(286) Diferentemente, no direito alemão, o § 2.º VI do CP prescreve a aplicação da lei em vigor no momento da imposição judicial, solução distinta do § 1.º II do AE, a merecer

No plano do direito constituído, uma última referência é devida ao CPP de 1987, diploma que indubitavelmente intensifica a «legalidade processual» das medidas de segurança cabidas a inimputáveis perigosos. Estas, ao serem aplicadas em processo penal comum, depois de se ter logrado uma certeza processualmente válida quanto às questões do facto e da culpa, asseguram ao arguido uma protecção efectiva dos seus direitos e garantias processuais, exigência decorrente do conteúdo de sentido do princípio da legalidade (287); contrariamente ao direito anterior onde valia o mecanismo do incidente de alienação mental e onde a aplicação da medida de segurança seguia os termos do processo de segurança (arts. 132.º do CPP de 1929 e 51.º e segs. do Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro) (288).

Já no plano do direito a constituir, são de salientar as alterações constantes do *Projecto* de 91, nomeadamente a consagração do princípio da proporcionalidade — art. 40.º, n.º 3 —, a maior especificação dos pressupostos de aplicação da medida de segurança de internamento — arts. 91.º e 98.º —, o estabelecimento da duração máxima do internamento — art. 92.º, n.º 2 (289) — e a

a crítica de uma parte da doutrina alemã (cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch*, 1985, Nm. 41 s.). C. Roxin (*Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, p. 108 s.), por exemplo, acentua que a relação histórica entre o princípio da culpa e o da legalidade não deveria justificar a não extensão deste às medidas de segurança, uma vez que estas também importam uma intervenção na liberdade pessoal do cidadão. No mesmo sentido do direito alemão também o direito italiano, *v.* G. BETTIOL/P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 58, e P. NUVOLONE, *Enciclopedia del Diritto*, p. 651.

(287) Assim, FIGUEIREDO DIAS, *O Código de Processo Penal Português Dois Anos Depois*. Cfr. *supra*, nota 1. A extensão do princípio da legalidade à matéria processual penal decorre do art. 29.º da CRP quando refere no n.º 1 a exigência de ninguém poder ser «sentenciado criminalmente (...)». Expressamente neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1988-9, Nm. 100 s., a propósito das limitações que este princípio introduz em matéria de integração de lacunas da lei processual penal. O conteúdo de sentido do princípio da legalidade repercute-se ainda nas regras sobre aplicação da lei processual penal no tempo, repercussão que tem expressão directa no art. 5.º, n.º 2, alínea a), do CPP quando veda a aplicação da lei nova aos processos pendentes, se da sua aplicabilidade resultar um «agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa».

(288) Para uma comparação, cfr. MANUEL GONÇALVES, *Revista do Ministério Público*, p. 189 ss. Para alguns aspectos da tramitação, nomeadamente sobre a determinação do tribunal competente para a aplicação da medida de segurança a inimputável perigoso, cfr. Acórdão da Relação do Porto, de 3 de Julho de 1991, *CJ*, XVI, IV, p. 272 ss.

(289) Apesar de o *Projecto* conter uma alteração significativa, ao estabelecer que «o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime

fixação de prazos de prescrição das medidas de segurança — art. 124.º —, matéria em relação à qual o direito português actual é totalmente omissivo, o que se inscreve na ideia, tradicionalmente defendida, da imprescritibilidade deste tipo de reacção criminal<sup>(290)</sup>. Ideia que tinha a suportá-la, por um lado, a desnecessidade de o facto praticado pelo inimputável ser sintomático da perigosidade criminal do agente, não havendo consequentemente o perigo de «o tempo destruir o valor sintomático do crime»<sup>(291)</sup> e, por outro, uma concepção de prevenção especial para a qual o «bem» do delinquente e a segurança da sociedade justificam uma execução da medida de segurança a todo o tempo.

### 3. AS MEDIDAS DE DIVERSÃO NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS

A caracterização do internamento em estabelecimento de inimputáveis e, em certos casos, a suspensão da execução da pena como medidas de segurança levanta algumas interrogações, pois, por um lado, o direito penal português contido no CP não conhece medidas de segurança pré-delitais — e a serem medidas de segurança são pré-delitais, pois a perigosidade criminal decorre da anomalia psíquica sobrevivida e aquela ainda não se denunciou num facto — e, por outro, é comumente aceite o carácter monista do sistema português — aos imputáveis só são aplicadas penas.

#### 3.1. As medidas de segurança pré-delitais

As medidas de segurança pré-delitais são medidas *ante* ou *praeter delictum*: aquelas que se aplicam antes da comissão de um crime ou que prescindem dessa

cometido pelo inimputável», não se distinguindo, pois, o primeiro internamento dos outros, pensamos que não foram dados os passos desejáveis na matéria ao estabelecer-se no n.º 3 do artigo proposto que «se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a 8 anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação, o internamento pode ser prorrogado por períodos sucessivos de 2 anos até se verificar a situação prevista no n.º 1», ou seja, até cessar o estado de perigosidade criminal. De todo o modo, o artigo agora proposto respeita o art. 30.º da CRP (v. *supra*, p. 103 s.).

<sup>(290)</sup> Sobre isto, desenvolvadamente, BELEZA DOS SANTOS, *RLJ*, ano 77.º, p. 321 ss.

<sup>(291)</sup> Cfr. F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 171. Destaque-se que também as razões justificativas do estabelecimento de um prazo máximo de duração da medida de segurança (cfr. *supra*, p. 103 ss.) impõem a fixação de um prazo dentro do qual prescreve esta reacção criminal.

comissão<sup>(292)</sup>; medidas ligadas de modo particular à escola positiva. Ferri, por exemplo, distinguia as medidas de segurança fundadas na perigosidade social do delinquente — fundamento da imposição de medidas preventivas de polícia —, as que tinham aplicação antes do cometimento de um delito ou independentemente dele, das medidas de segurança pós-delitais, as que se fundavam na perigosidade criminal do delinquente, ou seja, as que eram aplicadas depois da prática do crime<sup>(293)</sup>. Posteriormente, no denominado «movimento de Defesa Social»<sup>(294)</sup>, movimento ainda tributário da escola positiva, as medidas de segurança pré-delitais surgem como algo muito característico desta corrente, bastando para o confirmar recordar palavras de Adolf Prins: «pode existir um estado perigoso ainda que não exista um delinquente e uma intervenção do Estado ainda que não haja crime»<sup>(295)</sup>. Também Marc Ancel admite a existência de medidas de segurança pré-delitais, não deixando, todavia, de as fazer depender de determinadas condições e de concluir que as doutrinas da Defesa Social Nova não acarretam, necessariamente, como muitos pretendem, uma intervenção ilimitada do Estado sobre o delinquente potencial<sup>(296)</sup> <sup>(297)</sup>.

Já as medidas de segurança pós-delitais, a pressuporem tal como as pré-delitais a probabilidade de o delinquente vir a cometer crimes, têm como pressuposto

<sup>(292)</sup> São denominadas em Itália «medidas de prevenção», vindo as medidas de segurança a abranger apenas as que consideramos no texto «medidas de segurança pós-delitais». Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 881. O direito penal alemão desconhece este tipo de medidas, resultando claramente da doutrina que pressuposto da aplicação de uma medida de segurança é sempre o cometimento de um crime.

No direito espanhol, a questão das medidas de segurança pré-delitais coloca-se de forma pertinente, pois vigora aí a denominada «Lei Espanhola da Perigosidade e da Reabilitação Social», de 4 de Agosto de 1970, lei cuja aplicação depende de supostos estados de perigosidade e não necessariamente da probabilidade de cometimento de delitos no futuro. Estas medidas que não se distinguem, pelo menos quanto à forma de execução, das penas privativas de liberdade e muito menos das medidas de segurança pós-delitais, merecem a crítica da generalidade da doutrina espanhola. Assim, J. BARREIRO, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, p. 89 ss.; A. BERISTAIN, *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo*, p. 81 e 193; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho Penal*, p. 705, s.

<sup>(293)</sup> Cfr. E. FERRI, *RIDP*, p. 176.

<sup>(294)</sup> Para uma caracterização deste movimento e das diversas correntes que comporta, v. J. BARREIRO, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, p. 68 ss.

<sup>(295)</sup> ADOLF PRINS, *La Défense Sociale et les Transformations du Droit Pénal*, p. 141.

<sup>(296)</sup> Cfr. MARC ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle*, p. 150 s.

<sup>(297)</sup> Entre nós, podemos apontar o nome de Palma Carlos (*Novos Aspectos do Direito Penal*, p. 126 ss.) e de Pinheiro Farinha (*Scientia Iuridica*, p. 178) como defensores das medidas de segurança pré-delitais.

a prática de um delito prévio, adquirindo este um significado sintomático, revelador da perigosidade do delinquent, não sendo suficiente uma relação de mera ocasionalidade, mas, pelo contrário, de interdependência entre o facto e a perigosidade: as raízes do facto devem assentar na perigosidade e esta deve manifestar-se naquele.

Das medidas de segurança pré-delitais e pós-delitais devemos distinguir aquelas que integram a acção preventiva da polícia, as denominadas «medidas de polícia» ou «medidas de segurança administrativas»: «as providências limitativas da liberdade de certa pessoa ou direito de propriedade de determinada entidade, aplicadas pelas autoridades administrativas independentemente da verificação e julgamento de transgressão ou contravenção ou da produção de outro acto concretamente delituoso, com o fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições da polícia» (298).

Com o sentido apontado, o direito penal contido no CP de 1982 — à excepção então dos arts. 104.º e 105.º — não conhece medidas de segurança pré-delitais, não liga a meros estados de perigosidade a aplicação desta sanção, contrastando com o CP anterior, diploma que, na esteira da RP de 1936 (299), previa essa aplicação no art. 71.º, restando apenas saber se devemos reconduzir algumas das situações, mencionadas de seguida, à perigosidade criminal ou antes a uma mera perigosidade social. Os n.ºs 7 e 8 daquela disposição previam, expressamente, a aplicação de medidas de segurança aos que favorecessem ou exercitassem habitualmente a depravação de menores, ou se dedicassem ao aliciamento à prostituição, *ainda que não tivessem sido condenados por quaisquer factos dessa natureza*; aos suspeitos de receptação habitual *ainda que não tivessem sido condenados como receptadores*. Aquela disposição previa também a aplicação de medidas de segurança aos vadios e mendigos (n.ºs 1 e 2), aplicação independente da prática de um crime, pois a RPenal de 1954 eliminou os crimes de vadiagem e mendicância, então previstos nos arts. 256.º e 260.º, respectivamente. Considerava-se ainda que condutas como a prostituição, a rufanaria e a prática de vícios contra a natureza constituíam «estados de marginalismo criminoso», passíveis de medidas de segurança (n.ºs 3, 4 e 5) (300).

(298) MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, p. 1170. Também CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, I, p. 62 s.

(299) Segundo H.-H. Jescheck (*Estudos «In Memoriam» do Prof. Beza dos Santos*, p. 25), esta aplicação de medidas de segurança pré-delitais representa, na RP de 1936, a subscrição de uma das teses mais audaciosas da defesa social moderna.

(300) Sobre isto, criticamente, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 75, e FIGUEIREDO DIAS, *ROA*, 1976, p. 87.

As razões justificativas da opção do legislador penal de 1982, para além de se inscreverem no mandamento político criminal da intervenção do direito penal como *ultima* ou *extrema ratio* da política social (301), ancoram, de imediato, na CRP: o art. 27.º, n.º 1, consagra o direito à liberdade — «direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar» (302) — elencando depois, nos n.ºs 2 e 3, as restrições deste direito, que se traduzem nas medidas de privação total ou parcial da liberdade expressamente previstas na lei constitucional — princípio da *tipicidade constitucional das medidas privativas (ou restritivas) da liberdade* (303). O n.º 2 deste artigo da Lei fundamental prevê, precisamente, a restrição do direito à liberdade por força da aplicação judicial de uma medida de segurança, não decorrendo dele a exclusão das medidas de segurança pré-delitais (304). Mas se este artigo não é um obstáculo, já uma visão global do texto constitucional, centrada no art. 29.º, levanta algumas dúvidas: as decorrentes da consideração da ideia do Estado de Direito, com especial revelo para a sua concretização no princípio da legalidade, princípio-garantia contra o exercício ilegítimo, arbitrário e incontrolável do *ius puniendi* estadual (305).

Na verdade, o princípio do Estado de Direito, enquanto encontra tradução em princípios constitucionais básicos de aplicação de medidas de segurança, impõe que a lei especifique suficientemente os factos que constituem os pressupostos de aplicação da medida de segurança, tornando ilegítimas as definições vagas, incertas e insusceptíveis de delimitação — *princípio da especificidade* (306). A especificação da lei encontra especiais problemas, precisamente em matéria de medidas de segurança, uma vez que é difícil delimitar com precisão suficiente o

(301) Também neste sentido, MUÑOZ CONDE, *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 220.

(302) Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 27.º, I.

(303) Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 27.º, III.

(304) Não assim GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação aos arts. 27.º, IV, e 30.º, III. Ao delimitarem o âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 27.º concluem que as medidas de privação da liberdade, total ou parcial, só podem decorrer de sanção penal ou seu substituto em caso de pessoas inimputáveis. A ser assim, a aplicarem-se só a inimputáveis — o que é posteriormente reafirmado pelos Autores quando anotam o art. 30.º, n.º 2 —, sempre as medidas de segurança seriam pós-delitais.

(305) Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 311.

(306) Cfr. *supra*, p. 118.

pressuposto da perigosidade do delinquente, o que indicia a necessidade de se exigir a comissão prévia de um crime, um crime que seja sintoma dessa perigosidade<sup>(307)</sup>. Excluem-se, assim, as medidas de segurança pré-delituais, para ser dado um significado efectivo ao conteúdo de sentido do princípio da legalidade: garantir o indivíduo contra a incerteza e a insegurança. Numa palavra, trata-se de impedir os excessos do poder punitivo estadual — contra os quais o princípio do Estado de Direito tem servido de arma —, excessos que encontrariam campo fértil num direito penal do agente como seria sempre o direito penal das medidas de segurança pré-delituais, uma vez que prescindiria do agir para se centrar exclusivamente no modo de ser do sujeito, perdendo-se assim o princípio-garantia do facto<sup>(308)</sup>. Este deve ser, pois, um *pressuposto* da aplicação de uma medida de segurança. Como ensina Exner, tal como há condições objectivas de punibilidade há também *condições objectivas de segurança*, circunstâncias que, embora não dizendo respeito à necessidade de segurança, são, contudo, *pressupostos* desta<sup>(309)</sup>.

As razões justificativas da inadmissibilidade de medidas de segurança pré-delituais — e, por conseguinte, a assunção do princípio *nulla periculositas sine crimine* —, razões, repita-se, decorrentes do princípio da legalidade e, mais genericamente, do princípio do Estado de Direito, não colhem quando analisamos a situação daquele a quem sobrevém uma anomalia psíquica, durante a execução da pena privativa de liberdade ou antes de essa execução ter tido início.

E não colhem, porque a circunstância de a anomalia psíquica ter privado o delinquente de compreender a pena, pressuposto básico das medidas em causa, tem um papel equivalente ao do cometimento do crime nas medidas de segurança pós-delituais. Na verdade, a conclusão no sentido da perigosidade criminal do delinquente ganha uma outra consistência se também se puder afirmar a não apreensão do sentido da pena. Esta não é um sintoma da perigosidade criminal do delinquente, como é o crime nas medidas de segurança pós-delituais, mas é, em todo o caso, um indício forte no sentido de o delinquente ainda não actuar pressupondo o respeito pelo bem jurídico-penal violado com a prática do crime.

<sup>(307)</sup> Assim, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 64. Na doutrina espanhola invocam também o princípio da legalidade, J. BARREIRO, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, p. 92, e MUÑOZ CONDE, *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 220.

<sup>(308)</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 558. Sobre a questão aqui implicada — a opção por um direito penal do facto ou por um direito penal do agente (*dell'atteggiamento interiore*, na expressão italiana) — questão que faz sentido no âmbito restrito das medidas de segurança, relativamente à opção entre medidas de segurança pré-delituais ou pós-delituais, v. F. MANTOVANI, *ob. cit.*, p. 155 s.

<sup>(309)</sup> Cfr. F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 109 s.

Mais importante é evidenciar que as medidas de segurança pré-delituais a que nos referimos são medidas umbilicalmente ligadas à execução de uma pena. São medidas em relação às quais não colhe o receio dos excessos do *ius puniendi* estadual, porque são aplicadas a alguém já condenado numa pena privativa da liberdade, pelo tempo de duração dessa privação, com o objectivo das finalidades apon-tadas à execução da pena se poderem vir a concretizar, circunstâncias que permitem fazer apelo a um *princípio-garantia da pena*<sup>(310)</sup>.

Jurídico-constitucionalmente não há, por conseguinte, obstáculos à aplicação destas medidas de segurança pré-delituais. Têm apenas de respeitar, como res- peitam, o disposto no art. 27.º, n.º 2: respeitar, por um lado, o *princípio da reserva de lei* — as medidas são definidas por uma lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado (art. 168.º, n.º 1, c); e, por outro lado, o *princípio da reserva de decisão judicial* — elas têm de ser aplicadas pelo tribunal da condenação ou pelo tribunal de execução das penas<sup>(311)</sup>.

### 3.1.1. O internamento compulsivo de indivíduos criminalmente perigosos em virtude de anomalia psíquica

A questão das medidas de segurança pré-delituais prende-se directamente com a possibilidade de internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica criminalmente perigosos em virtude dessa anomalia. Esta matéria e, genericamente o internamento dos insanos de mente, está regulada na Lei n.º 2118, de 3 de Abril de 1963, Lei de Bases de Saúde Mental, diploma legislativo cuja conformidade constitucional pode e deve ser questionada. Segundo esta lei, o ministério público — também as autoridades administrativas e policiais, em caso de admissão de urgência — pode requerer o internamento ao Centro de Saúde Mental do domicílio do internado — se o estabelecimento for oficial o pedido é autorizado pelo próprio Centro que submete a sua decisão a confirmação do

<sup>(310)</sup> Decorre muito claramente da discussão gerada na Assembleia Constituinte, a propósito do artigo que viria a ser o 27.º da CRP, a preocupação em evitar medidas de segurança arbitrárias, tendo o deputado Costa Andrade contraposto a este tipo de medidas, as medidas de segurança com conteúdo normativo. Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, de 27 de Agosto de 1975.

<sup>(311)</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 27.º, IV. Relativamente ao último princípio, decorre dos trabalhos preparatórios (cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, de 27 de Agosto de 1975) a intenção de, por esta via, ser posto termo às medidas de segurança arbitrárias. Estas, segundo a redacção inicial do preceito, deveriam ser «aplicadas de forma regular».

tribunal de comarca; se o estabelecimento for particular compete ao Centro dar parecer e, sendo favorável, remeter o processo para o tribunal de comarca para a concessão da necessária autorização — sempre que: faltar o representante legal do doente ou a pessoa com legitimidade para requerer a interdição; não actuarem as mesmas pessoas por negligência ou má vontade; seja o doente tratado com negligência ou crueldade; *ocorrerem razões graves de ordem, tranquilidade, segurança ou moralidade pública* — Bases XXIII e XXIV.

No sentido de a Lei de Saúde Mental, direito anterior à CRP de 1976, não ser contrária à Lei fundamental ou aos princípios nela consignados (cfr. art. 290.º, n.º 2, da CRP) foi a informação do Secretário de Estado da Saúde, transmitida pela Circular n.º 2144, de 19-7-77, da Procuradoria da República do Porto. E a informação afrontou directamente os arts. 27.º e 30.º, n.º 2, da CRP para concluir: têm legitimidade para requerer o internamento em regime fechado de doentes com anomalia psíquica o próprio doente, o representante legal, a pessoa com legitimidade para requerer a interdição, *o ministério público* e, no caso de admissão de urgência, as autoridades administrativas e policiais — base XXIII; o pedido terá, no entanto, que ser dirigido, não ao Centro de Saúde Mental, mas ao tribunal da comarca, nos termos do art. 27.º da CRP, aplicável por força do art. 18.º, n.º 1, do mesmo diploma, que poderá então autorizar o internamento.

Esta informação merece-nos três reparos essenciais: primeiro, o âmbito de aplicação da Lei de Saúde Mental não se circunscreve aos arts. 27.º e 30.º, n.º 2, da CRP, pois a admitirem-se medidas de segurança, fundadas num estado de perigosidade motivado por anomalia psíquica, elas só poderiam ser medidas de segurança pré-delituais e, portanto não seria suficiente a mera perigosidade social, como parece ser pressuposto da informação em análise. Estes artigos integram a constituição penal e, conseqüentemente, só são admissíveis medidas de segurança cuja justificação seja a de haver o perigo de cometimento de factos ilícitos típicos<sup>(312)</sup>; segundo, ainda que se entenda que os arts. 27.º e 30.º da CRP só têm aplicação quando em causa está a perigosidade criminal, estar-se-á a esquecer o texto global da Lei fundamental e, concretamente, o art. 29.º — princípio da legalidade — se se impuserem medidas de segurança pré-delituais, uma vez que só o cometimento de um crime é sintoma seguro da perigosidade

<sup>(312)</sup> Pelo exposto, também merece a nossa reprovação o Acórdão da Relação do Porto, de 28-2-84 (BMJ, 334, p. 533), quando para defender a não revogação da Lei de Saúde Mental, conclui que o conceito de perigosidade usado no art. 30.º não se restringe ao de perigosidade criminal, mas abrange também a perigosidade social, o que permite os internamentos compulsivos previstos naquele diploma.

do indivíduo; terceiro, não bastaria nunca que o tribunal *autorizasse* o internamento. A este cabe *aplicar* as medidas de segurança — princípio da reserva de decisão judicial (art. 27.º, n.º 2, da CRP).

O exposto não pretende, de forma alguma, significar a inadmissibilidade constitucional do internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica<sup>(313)</sup> — nomeadamente quando *ocorrerem razões graves de ordem, tranquilidade, segurança ou moralidade pública*, repetindo as palavras da Lei de 1963 —, pretende apenas mostrar que aquele internamento não é justificável por invocação do arts. 27.º, n.º 2, e 30.º, n.º 2, da CRP. Dizendo de outro modo, o problema da perigosidade pré-delitual — e o da perigosidade social em geral — dos indivíduos psiquicamente anómalos deve ser resolvido fora dos mecanismos de intervenção do direito penal<sup>(314)</sup>.

### 3.2. O monismo ou dualismo das reacções criminais por referência aos arts. 104.º e 105.º

Os arts. 104.º e 105.º do CP de 1982, na interpretação defendida, autorizam a aplicação de medidas de segurança a delinquentes imputáveis, podendo, inclusivamente, tal aplicação ocorrer simultaneamente, se no momento de ser proferida a sentença condenatória o delinquente já for portador da anomalia psíquica que o torna incapaz de compreender a pena.

<sup>(313)</sup> Gostaríamos de, neste contexto, mencionar uma lei entrada em vigor depois da CRP e que permite o internamento compulsivo em estabelecimento hospitalar dos doentes de Hansen que, por negligência ou recusa, não cumpram as prescrições terapêuticas ou as indicações consideradas indispensáveis para a defesa da saúde pública (art. 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho). É ainda de referir o art. 5.º, n.º 1, alínea e), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — permite-se a detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um *alienado mental*, de um alcoólico ou de um vagabundo — e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, relativa aos alienados: salvo caso de urgência, a detenção deve ter lugar apenas depois de ser confirmada, pelo menos através de uma perícia médica objectiva, a existência de uma perturbação mental; esta deve revestir características e uma gravidade tal que justifique o internamento; este não pode prolongar-se validamente se a perturbação mental não persistir (J. CREMONA, *BMJ*, p. 467 s.; ainda sobre a jurisprudência daquele tribunal, com uma especial referência ao direito francês, v. P. BERNARDET/A. DARMSTÄDTER/VAILLANT, *RScCrim*, p. 255 ss.). Neste contexto merece também uma especial menção, a Recomendação n.º R (83) 2, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 22 de Fevereiro, sobre o internamento não voluntário de psiquicamente anómalos.

<sup>(314)</sup> Sobre esta questão e com alguns dados de direito comparado, v. MARC ANCEL, *Los Delinquentes Mentalmente Anormales*, p. 113 s.

No entanto, só aparentemente é que uma solução deste tipo vai contra a opção monista do sistema português das reacções criminais <sup>(315)</sup>.

Esta opção de via única significa, entre nós, a impossibilidade de ao agente da prática do crime serem aplicadas uma pena e uma medida de segurança privativas de liberdade em consequência do mesmo facto, possibilidade que caracteriza o sistema dualista, também denominado «sistema de dupla via» ou «sistema do duplo binário» <sup>(316)</sup> <sup>(317)</sup>. E neste sentido sempre se pôde afirmar que não se inscrevem em sistemas dualistas, os ordenamentos jurídicos onde ao inimputável perigoso é aplicada uma medida de segurança enquanto que ao imputável é imposta uma pena. Sugestivamente, a doutrina italiana denomina um sistema deste tipo de *binario unico*, por oposição ao sistema do *doppio binario*.

A opção de via única mantém-se intocada quando ao imputável aplicamos uma medida de segurança, nos termos do art. 104.º ou do art. 105.º, porque a perigosidade que a justifica decorre de uma anomalia psíquica posterior à prática do crime, o que demonstra, suficientemente, não haver qualquer ligação entre aquela e o facto praticado. A perigosidade não se indiciou no crime praticado, este não foi sintoma da perigosidade, pelo que não estão reunidos os pressupostos para podermos falar numa solução de dupla via: a aplicação de uma medida de segurança ao imputável criminalmente perigoso, em virtude de uma anomalia psíquica sobrevinda que o tornou incapaz de apreender o sentido da pena, não é uma consequência do crime cometido e que justificou a aplicação da pena.

Pelo exposto, não podemos é conceder que o CP português aplica penas aos imputáveis e medidas de segurança aos inimputáveis perigosos. Aos primeiros tam-

<sup>(315)</sup> Sobre esta caracterização do sistema, v. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 791. O Autor evidencia, desde logo, que a concepção de via única das reacções criminais não significa, à semelhança do CP suéco de 1962 ou do anteprojecto francês de 1976, que se tenha substituído a dualidade penas e medidas de segurança pela entidade única das medidas ou das sanções criminais.

<sup>(316)</sup> Sobre este conceito de sistema dualista, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 113; RUDOLF SCHMITT, *Festschrift für Thomas Würtenberger*, p. 278; G. BETTIOL / P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 948; H. C. FRAGOSO, *RDPC*, p. 7, especialmente nota 5.

<sup>(317)</sup> Saliente-se, contudo, que o direito penal português conheceu, já no âmbito do CP de 1982, uma solução dualista em matéria de controlo da criminalidade ligada às substâncias estupefacientes e psicótropas. Referimo-nos ao art. 39.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro (revogado pelo Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro), que permitia a aplicação de uma medida de tratamento ao consumidor *toxicodependente*, segundo as regras do processo de segurança (art. 44.º): tratamento domiciliário, ambulatorio ou em estabelecimento apropriado, quando voluntariamente aceite, ou na modalidade de *internamento compulsivo*, na situação inversa. A este consumidor — criminalmente perigoso, porque toxicodependente — era também aplicada, nos termos do art. 36.º, uma pena.

bém são aplicadas medidas de segurança, o que não significa, como vimos, uma opção dualista, mas tão só que, num sistema que conhece penas e medidas de segurança, ao delinquentes é aplicada apenas *uma* das reacções criminais em face dos pressupostos concretos que justificam uma intervenção penal determinada.

Saliente-se que certas soluções do direito penal português anterior ao CP de 1982, tidas como dualistas, não correspondiam necessariamente à exigência de a perigosidade se reportar ao facto ilícito anteriormente praticado. Assim, quando o art. 131.º da RP de 1936 prorrogava o tempo de internamento em prisão-asilo, a perigosidade que justificava a prorrogação era, em certos casos, posterior à prática do crime, hipótese que o art. 68.º do CP anterior ao de 1982 também comportava. Estas soluções traduziam-se, verdadeiramente, não na adopção de uma solução dualista, mas sim no reconhecimento da relevância da perigosidade pré-delitual <sup>(318)</sup>.

Não obstante os arts. 104.º e 105.º não se inscreverem numa solução dualista, não podemos escamotear que, na prática, a questão será sempre a da aplicação de uma pena e de uma medida de segurança a um mesmo indivíduo. Aliás, o CP de 1982 acaba por permitir tal aplicação simultânea, num outro contexto: no da declaração de inimizabilidade. Como já evidenciámos, o art. 20.º, n.º 1, ao exigir um juízo de inimizabilidade em concreto, ou seja, em relação ao facto concreto praticado pelo delinquentes, autoriza — utilizando aqui o exemplo de Eduardo Correia, já citado — que ao indivíduo que num momento dado comete um acto de furto e um crime sexual possa ser aplicada uma pena e uma medida de segurança, por em relação ao primeiro crime ele ser declarado imputável e inimputável (perigoso) quanto ao segundo <sup>(319)</sup>. Mas, de igual forma, quando se trata de aplicar o art. 282.º do CP: este *pune* aquele que, pela ingestão, voluntária ou por negligência, de bebidas alcoólicas ou outras substâncias tóxicas, se colocar em *estado de completa inimimizabilidade* e nesse estado, praticar um acto criminalmente ilícito (n.º 1). Não se verificando a hipótese contida no art. 20.º, n.º 4, e existindo uma conclusão no sentido da perigosidade do delinquentes, estamos perante mais um caso de aplicação cumulativa de uma pena e de uma medida de segurança <sup>(320)</sup>.

<sup>(318)</sup> Cfr. *supra*, p. 25.

<sup>(319)</sup> Cfr. *supra*, p. 15.

<sup>(320)</sup> O art. 282.º do CP, correspondente ao 330.º do *Projecto de Código Penal — Parte Especial*, é uma solução de equilíbrio entre a situação de inimimizabilidade decorrente da ingestão de bebidas alcoólicas ou de outras substâncias tóxicas e as necessidades político-criminais que não consentem a impunidade do delinquentes. Cfr. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, p. 320 ss.

A forma como hão-de ser executadas sentenças que contenham uma condenação daquele tipo não está expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico, muito embora esta questão possa revestir-se de grande importância dogmática. O CPP de 1929 estabelecia no art. 633.º, § 1.º, a execução prévia da pena, vindo esta norma a ser revogada pelo Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro (art. 53.º). O *Projecto* de 91 (art. 99.º) preenche a lacuna actualmente existente, estabelecendo a execução prévia da medida de segurança, o desconto desta sanção na pena e a concessão da liberdade condicional se se encontrar cumprido o tempo correspondente a metade da pena e a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social, o que faz deste artigo uma disposição tributária do princípio do vicariato <sup>(321)</sup>.

### 3.2.1. A solução monista do direito penal português — breve referência

As preocupações do direito português em fazer face a estados de perigosidade evidenciaram-se desde muito cedo com a consequência do nosso sistema punitivo passar a ser estruturado numa base nitidamente dualista <sup>(322)</sup> — a pena como reacção contra o facto criminoso e a medida de segurança como reacção contra a especial perigosidade do delincente. Assim, quanto a certos criminosos reincidentes, já a Lei de 21 de Abril de 1892 — procurando seguir as leis francesas sobre a relegação, de 1875 e, sobretudo, de 1885 — prescrevia que ficassem à disposição do governo sendo depois transportados para as possessões ultramarinas por um período mínimo de três anos. Posteriormente, a Lei de 3 de Abril de 1896 alargou aos vadios e equiparados o regime da Lei de 1892 e prescreveu, alternativamente, a possibilidade de internamento num asilo ou depósito de mendicidade por um período de dois a cinco anos depois do cumprimento da pena. Finalmente, a Lei de 20 de Julho de 1912, embora pondo fim à relegação, estipulou para os mendigos e vadios a aplicação de penas e de medidas de segurança (internamento em casa correcional de trabalho ou colónia penal agrícola), sendo estas últimas também aplicáveis a indivíduos com um certo número de condenações, considerados para este efeito como vadios.

Mas vem a ser com a RP de 1936 que o ordenamento jurídico português assume claramente a medida de segurança como meio de reacção criminal, o que de resto era expressamente admitido no art. 24.º da Constituição Política Portuguesa de 1933: «Para a prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medi-

<sup>(321)</sup> Cfr. *infra*, p. 124 ss.

<sup>(322)</sup> Assim, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 70 s. Também assim, P. HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, p. 157.

das de segurança, que terão por fim a defesa da sociedade e, tanto quanto possível, a readaptação social dos delinquentes». «Prevenir e reprimir a infracção, proteger a sociedade contra o delincente e este contra si mesmo, são de acordo com o art. 124.º da Constituição portuguesa, os objectivos da política criminal de Beleza dos Santos» <sup>(323)</sup>.

A RP de 1936 ao mandar aplicar medidas de segurança aos criminosos de difícil correcção — delinquentes habituais e por tendência e presos indisciplinados — (arts. 108.º e 117.º), aos imputáveis perigosos portadores de anomalia mental (arts. 121.º e 131.º), aos alcoólicos (arts. 8.º e 169.º) e aos vadios, mendigos e equiparados (arts. 8.º, 153.º e 155.º) erige, assim, um sistema dualista de reacções criminais — a prática de um crime justifica a aplicação de uma pena e de uma medida de segurança —, sistema recebido na RPenal de 1954 (arts. 54.º, 67.º, 68.º e 71.º) e continuado depois na RPenal de 1972 (arts. 67.º, 68.º, 71.º) <sup>(324)</sup>.

O CP de 1982 adopta um sistema monista de reacções criminais, solucionando os casos aos quais habitualmente é aplicada uma pena e uma medida de segurança — os de imputabilidade diminuída, os de delinquência por tendência e os que se ligam ao consumo de álcool ou de estupefacientes <sup>(325)</sup> —, através de dois mecanismos essenciais a saber: o alargamento dos casos de inimputabilidade, à custa dos tradicionalmente denominados de imputabilidade diminuída e dos delinquentes imputáveis incorrigíveis, para desta forma a aplicação de uma medida de segurança poder fazer face à perigosidade dos delinquentes (art. 20.º, n.ºs 2 e 3) <sup>(326)</sup>; e a «extensão do conceito de pena» <sup>(327)</sup>, atra-

<sup>(323)</sup> Cfr. H.-H. JESCHECK, *Estudos «In Memoriam» do Prof. Beleza dos Santos*, p. 22.

<sup>(324)</sup> A conclusão já não será a do texto se se seguir a posição de Eduardo Correia (*Lições de Direito Criminal*, I, p. 71 ss.), para quem a prorrogação da pena não é uma medida de segurança e para quem as situações de vadiagem, mendicidade, rufianaria, homossexualismo e prostituição são hipóteses de «estados perigosos», «parapenais», de «marginalismo criminosos» que pertencem, substancialmente, ao direito administrativo, o que faz do sistema um «sistema monista ético-retributivo que aceita o pensamento da referência da culpa à personalidade». Independentemente de se considerar ou não a prorrogação da pena uma medida de segurança, sempre o sistema seria dualista, pelo menos a partir de 1972, já que a RPenal do mesmo ano manda aplicar uma medida de segurança aos imputáveis perigosos em razão de anomalia psíquica, segundo o art. 68.º, parte final (cfr. *supra*, p. 29 s.). Por outro lado ainda, as justificações de Eduardo Correia parecem esquecer a dos criminosos alcoólicos, categoria particularmente ligada a uma solução dualista, e que, entre nós, nela se enquadraram desde a RP de 1936 (art. 169.º), mantendo-se a solução em 54 (art. 71.º, § 2.º) e em 72 (art. 71.º, § 2.º).

<sup>(325)</sup> Cfr., por exemplo, os §§ 63.º, 64.º e 66.º do CP alemão.

<sup>(326)</sup> Cfr. *supra*, p. 30 ss. e 73 ss.

<sup>(327)</sup> V. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 791 s. Saliente-se, contudo, que o Autor levanta dúvidas quanto à caracterização da pena

vés da introdução da figura da pena relativamente indeterminada que permite punir mais severamente, mas ainda em nome da culpa, o delinquente por tendência especialmente perigoso e o toxicodependente em geral, cujo crime tenha sido praticado sob a influência das substâncias tóxicas ou esteja relacionado com a toxicodependência do agente (arts. 83.º e segs.) <sup>(328)</sup>.

Nos termos do art. 124.º, § 2.º, do *Projecto* de 63, o tribunal podia prolongar o internamento, mesmo para além do tempo correspondente à pena em que o delinquente tivesse sido condenado e até que cessasse o estado de perigosidade, se concluísse do conjunto da personalidade do agente, do seu facto e do seu comportamento prisional, que ele era criminalmente perigoso, em razão do seu estado psíquico. Esta solução, aplicável aos delinquentes agora abrangidos pelo art. 103.º, acarretava um nítido desvio ao sistema monista gizado no *Projecto* <sup>(329)</sup>. Ao não subsistir no texto final do CP de 1982, a opção é reveladora de uma maior coerência dentro de um sistema monista, ao mesmo tempo que reafirma a irrelevância dos estados de perigosidade pré-delitual e a crença que acompanha este diploma legislativo: a crença na corrigibilidade do delinquente condenado em pena <sup>(330)</sup>.

relativamente indeterminada como uma verdadeira pena de culpa, interrogando-se sobre se não devemos antes, do ponto de vista de uma valoração dogmática material, reputá-la uma medida de segurança (*loc. cit.*, p. 793 s., especialmente nota 21). Relativamente à natureza jurídica da pena relativamente indeterminada, Cavaleiro de Ferreira (*Lições de Direito Penal*, II, p. 28 ss. e 60 s.) considera que a prorrogação da pena concreta, imposta pelo regime do instituto (art. 83.º, n.º 2), tem o seu fundamento directo na perigosidade, o que revela a natureza de medida de segurança desta prorrogação. Contra este entendimento, cfr. o Acórdão da Relação de Coimbra, de 27 de Fevereiro de 1985 (*CJ*, X, I, p. 119).

<sup>(328)</sup> Desenvolvidamente sobre a pena relativamente indeterminada, ANABELA RODRIGUES, *Jornadas de Direito Criminal*, p. 285 ss.

<sup>(329)</sup> O desvio ao sistema monista foi muito discutido nas sessões da Comissão Revisora, acabando por ser aceite, nas palavras de Eduardo Correia, «em vista de prementes necessidades práticas». Cfr. *Actas, BMJ*, 140, p. 238 s. e 255 s.; *BMJ*, 152, p. 20 ss. Discutido foi também na Câmara Corporativa, onde se evidenciaram as razões de pura defesa social subjacentes à solução. Cfr. *PCC*, p. 422 s. Criticamente, duvidando da necessidade político-criminal da solução, já FIGUEIREDO DIAS, sep. *BFD*, p. 28, nota 45.

<sup>(330)</sup> Cfr. *supra*, p. 74 s.

## CAPÍTULO IV

### O PRINCÍPIO DO VICARIATO NA EXECUÇÃO DA PENA DOS IMPUTÁVEIS PORTADORES DE ANOMALIA PSÍQUICA POSTERIOR À PRÁTICA DO CRIME

#### 1. O REGIME DOS ARTS. 104.º E 105.º

O art. 104.º, n.º 2, estipula que findo o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis *será levado em conta na duração da pena o tempo que ele tiver durado*, mas independentemente da duração do internamento, o tribunal pode *conceder logo a liberdade condicional* ao delinquente.

Embora o n.º 1 desta mesma disposição abranja o delinquente imputável internado em estabelecimento destinado a inimputáveis, por se mostrar que, por virtude da anomalia psíquica sobrevinda de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns lhe é prejudicial, ou ele perturba seriamente esse regime — hipótese de anomalia psíquica sobrevinda com os efeitos previstos no art. 103.º —, não é de defender a aplicação do n.º 2 do art. 104.º a este delinquente, antes valendo para ele o disposto no n.º 2 do art. 103.º: o internamento, por tempo correspondente à duração da pena, não prejudica a possibilidade de liberdade condicional, nem impede o reinternamento do delinquente em estabelecimentos comuns pelo tempo de privação de liberdade que lhe falte cumprir, logo que cesse a causa determinante do internamento em estabelecimento especial. A solução justifica-se, porque o apelo à única circunstância que distingue esta hipótese do art. 104.º da prevista no art. 103.º — ao delinquente *sobrevém* uma anomalia psíquica depois da prática do crime — não explica a diferença de regimes. Pelo contrário, tem sentido aplicar à situação descrita o n.º 2 do art. 103.º, porque, quer quando a anomalia é contemporânea da prática do crime, quer quando ela é sobrevinda, está a ser executada uma pena cujo sentido o delinquente é capaz de apreender.

der, vindo o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis a traduzir-se apenas numa mudança de local, justificada pela conclusão no sentido de *o regime do estabelecimento comum estar contra-indicado* <sup>(331)</sup>.

O art. 105.º, n.º 3, consagra que, quando cessar a causa da suspensão da execução da pena, o tribunal pode, *em vez de ordenar a execução da pena* que esteja por cumprir, *conceder logo a liberdade condicional* ou *decretar a suspensão da execução da penal*.

As duas notas características do regime estipulado nas disposições legais mencionadas — desconto obrigatório do internamento na pena e possibilidade da não execução efectiva do resto da pena —, acrescentando à circunstância de as medidas de diversão poderem assumir a natureza de medidas de segurança, indiciam que este regime sofre influências do princípio do vicariato <sup>(332)</sup>, como tentaremos demonstrar pela caracterização que dele fazemos de seguida.

### 1.1. O princípio do vicariato

O princípio do vicariato <sup>(333)</sup> — a substituição da pena pela medida de segurança na execução — caracteriza-se, por três notas fundamentais a saber: a execução da medida de segurança precede a execução da pena; a medida de segurança é descontada na pena; a execução do eventual resto da pena não tem lugar necessariamente. Numa outra acepção da expressão, o princípio do vicariato permite, logo na sentença condenatória, a substituição da execução da pena pela execução da medida de segurança — *v. g.*, o art. 42.º do actual CP suíço, o art. 78.º da RP de 1936 e o art. 20.º, n.º 3, do CP <sup>(334)</sup>. Tratar-se-á, neste caso, de um *vicariato na condenação*, por contraposição ao *vicariato na execução*, o que, de qualquer forma, permite afirmar que o sistema do vicariato, genericamente considerado, é aquele em que as penas ou medidas de segurança exercem «indiscri-

<sup>(331)</sup> Cfr. *supra*, p. 17 ss. No sentido do texto dirige-se agora o art. 105.º, n.º 2, do *Projecto* de 91.

<sup>(332)</sup> No sentido de o nosso sistema tendencialmente monista ou de via única ser acen- tuado por um certo vicariato aceite em matéria de execução das penas, por referência aos arts. 103.º e 104.º, FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 792. Concluímos, no entanto, que o vicariato surge apenas relativamente aos arts. 104.º e 105.º, não em relação ao 103.º.

<sup>(333)</sup> Preferimos a expressão «princípio do vicariato» à denominação «sistema do vica- riato», por entendermos que o vicariato é algo que surge nos quadros do *sistema* dualista, o que faz dele, não uma alternativa àquele sistema, mas sim algo que apenas dá outros contornos ao sistema onde se insere.

<sup>(334)</sup> Cfr. *supra*, p. 74.

minadamente a função umas das outras — verificando-se, no fim de contas, uma interpenetração dos dois conceitos» <sup>(335)</sup>.

A adopção de um sistema onde esteja integrado o princípio do vicariato, enquanto vicariato na execução, vem assim a colocar ao legislador três questões essenciais: saber se a execução prévia da medida de segurança é obrigatória ou facul- tativa; saber se a medida de segurança se imputa na pena de forma obrigatória ou facultativa; decidir, na hipótese de ainda haver resto de pena, se este se exe- cuta — e se sim de que forma — ou se suspende <sup>(346)</sup> <sup>(337)</sup>. As respostas têm sido algumas das que apresentamos de seguida:

O § 67.º I do CP alemão <sup>(338)</sup> — introduzido na segunda Lei de reforma penal, de 4 de Julho de 1969 e entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1975 — con- sagra a obrigatoriedade da execução prévia da medida de internamento em hos- pital psiquiátrico ou em estabelecimento de desintoxicação — §§ 63.º e 64.º — sempre que este for decidido conjuntamente com uma pena privativa de liber- dade. A regra só será quebrada se o cumprimento antecipado da pena — total ou parcial — tornar mais fácil a obtenção do objectivo da medida — § 67.º II. Por exemplo, quando o condenado deva submeter-se a um tratamento de desa- bituação só mesmo antes de ser libertado <sup>(339)</sup>.

É também de forma obrigatória que há-de ser feito o desconto do interna- mento na pena, mas agora com a limitação, introduzida na reforma de 13 de Abril de 1986, no sentido de o desconto só poder ir até dois terços da pena — § 67.º IV. Sabendo que uma parte da pena ainda é executável, o condenado fica estimulado para contribuir para o resultado do tratamento, o qual permitirá a suspensão do resto da pena <sup>(340)</sup>.

<sup>(335)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA/ANABELA RODRIGUES/ALMEIDA COSTA, *Direito Cri- minal* — III (1), p. 32. Cfr., no entanto, *infra*, p. 142 ss. No sentido daquelas duas acep- ções, J. BARREIRO, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, p. 183.

<sup>(336)</sup> H. MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 34.

<sup>(337)</sup> Especifique-se que sempre que falarmos, neste contexto, em suspensão do resto da pena tal equivale à concessão da liberdade condicional. O correspondente no direito ale- mão à nossa liberdade condicional, traduzido à letra vem a significar, precisamente, «suspensão do resto da pena» — *Aussetzung des Strafrestes* (§ 57.º).

<sup>(338)</sup> Também o § 24.º do CP austríaco consagra uma solução vicarial equivalente. Sobre ele, F. PALLIN, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, anotação ao § 24.º.

<sup>(339)</sup> Cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 738. V. ainda MAUL/LAUVEN, *NSiZ*, p. 397.

<sup>(340)</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º, Nm. 3. No mesmo sentido, JUNG, *JuS*, p. 744.

Já a suspensão do resto da pena ocorre somente quando estejam preenchidos os pressupostos do § 57.º I 2 3 — prognose social favorável e consentimento do condenado — e desde que com o desconto já esteja perfeita metade da pena, exigência introduzida na reforma de 1986 e que foi ao encontro do que já então era defendido pela doutrina <sup>(341)</sup>. Na hipótese de a suspensão não ter lugar, então continua-se a execução da medida de segurança, a não ser que circunstâncias ligadas à pessoa do condenado apontem no sentido da execução da pena — § 67.º V —, solução enformada pelo princípio da execução de que os estabelecimentos devem ser mudados o mínimo possível.

O AE previa já uma solução vicarial no § 77.º — relação entre a pena e a medida de segurança, segundo a epígrafe —, ao prescrever que a medida de segurança fosse sempre executada antes da pena e nesta descontada. Proceder-se-ia à suspensão do resto da pena se o objectivo do internamento em estabelecimento de cura ou tratamento ou de desabilitação tivesse sido atingido e se se verificassem os pressupostos do § 48.º II — se metade da pena estivesse perfeita ou tivessem decorrido quinze anos, no caso de pena perpétua, e se fosse de esperar do delincente um comportamento sem a prática de crimes. Se ainda não se tivesse atingido metade da pena, então, até ela ser alcançada, o condenado, a requerimento seu, prestaria trabalho, nos termos do § 52.º — trabalho de utilidade pública. Estipulava-se ainda a execução da pena ou a continuação da execução da medida de segurança se se verificassem os pressupostos da revogação do resto da pena, se o condenado não requeresse a prestação de trabalho comunitário ou se este não fosse cumprido culposamente.

Ainda que de uma forma tímida, já o Projecto alemão de CP de 1962 consagrava uma solução vicarial. Timidamente, pois o § 87.º I previa a possibilidade de o tribunal decidir a execução prévia da medida de internamento em estabelecimento de cura ou assistência ou em estabelecimento de desabilitação, apenas quando o estado do delincente o exigisse. Em relação às medidas de segurança privativas da liberdade, em geral, a execução destas também seria em primeiro lugar se a finalidade por elas pretendida se alcançasse mais facilmente e se nem a culpa do autor nem a necessidade de imposição da pena exigissem o cumprimento antecipado desta. Numa palavra, o tribunal decidia se a prioridade assentava na intimidação da comunidade ou no tratamento do delincente <sup>(342)</sup>. Por outro lado, o desconto da medida de segurança na pena podia ser apenas par-

<sup>(341)</sup> Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1985, anotação ao § 67.º, Nm. 4. Cfr. ainda, *infra*, p. 145 s.

<sup>(342)</sup> Assim, C. FINZI, sep. *Nuevo pensamiento Penal*, p. 195.

cial — § 87.º III — e a suspensão da execução da pena era permitida, segundo as regras normais do instituto — §§ 71.º e 72.º I —, não havendo, pois, qualquer contemplação especial por se tratar de um indivíduo, cuja medida de segurança era executada em primeiro lugar.

O direito espanhol também consagra uma solução vicarial no art. 9.º, 1.ª, do CP para os casos de imputabilidade diminuída: o tribunal, para além da pena privativa da liberdade, pode aplicar uma medida de segurança de internamento, a executar antes da pena; nesta é imputado o internamento; e o tribunal pode dar como extinta a pena que falte cumprir depois de feito o desconto, ou reduzir a sua duração, em atenção ao bom resultado do tratamento <sup>(343)</sup>.

Também para os casos de imputabilidade diminuída e, para além deles, para os que levam à aplicação de uma medida de tratamento aos alcoólicos e toxicodépendentes, consagra o direito suíço uma solução vicarial, nos arts. 43.º, n.º 5, e 44.º, n.º 5 <sup>(344)</sup>, respectivamente: a duração da privação da liberdade é imputada na pena e ao juiz caberá decidir se e em que medida a pena, entretanto suspensa, é executada depois de o delincente ser libertado ou de ter fim o tratamento. Curiosamente, como se vê, ainda que o desconto dependa da circunstância de a medida de segurança ser privativa da liberdade, já desta não depende a não execução da pena. No direito suíço, como se afirma expressamente no n.º 5 do art. 43.º, o tribunal pode renunciar totalmente à execução da pena se for crível que o resultado da medida de segurança sairá seriamente comprometido com a execução da pena. E, portanto, ainda que esse resultado tenha sido obtido através de tratamento ambulatorio, o que contrasta com o direito alemão onde a solução vicarial vale somente para medidas de segurança e penas privativas da liberdade, tal como também acontece no direito espanhol.

## 1.2. Justificação do princípio do vicariato

Fundamental num sistema dualista de reacções criminais — sistema-base dos ordenamentos onde é introduzido o princípio do vicariato, a «garantia da soli-

<sup>(343)</sup> Contra esta solução, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho Penal*, p. 699 e s. Contrariamente, Muñoz Conde (*Estudios Penales y Criminológicos*, p. 223 s.) defende que o princípio do vicariato deveria valer mais extensivamente, posição depois bem expressa no art. 89.º da proposta que faz, no sentido de um novo sistema de medidas de segurança. Cfr. *Strafrechtspolitik*, p. 129.

<sup>(344)</sup> Cfr. S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, anotação aos arts. 43.º e 44.º O direito penal suíço pode ser visto como direito pioneiro em matéria de vicariato, ao consagrar, pela primeira vez, no Projecto Stooss de 1893, o vicariato na condenação (art. 40.º), solução que ainda hoje subsiste no art. 42.º

driedade do sistema das penas e das medidas de segurança» <sup>(345)</sup> — é a descrença na eficácia da pena, fixada em função da culpa, para poder realizar a missão preventiva que também cabe ao direito penal: muitas vezes a duração daquela não é suficiente para garantir o êxito preventivo — *v. g.*, os casos de imputabilidade diminuída e de delinquência por tendência; outras, é necessário também um tratamento pedagógico e terapêutico do delinquente que, pela sua natureza, não pode realizar-se durante o tempo de cumprimento da pena — *v. g.*, o caso do delinquente alcoólico ou toxicodependente. Nestas hipóteses, a pena tem de ser completada por medidas que visam combater a perigosidade do delinquente, medidas que constituem intervenções pedagógicas, terapêuticas ou inocuidadoras. E este sistema apresenta vantagens para os seus defensores: impede-se que a pena seja agravada para fazer face a preocupações preventivas só resolvidas com o abandono do princípio da culpa; o tratamento preventivo do delinquente perigoso facilita-se, pois na execução da medida de segurança estão à disposição meios médicos e sócio-terapêuticos habitualmente não disponíveis durante a execução da pena.

O dualismo das reacções criminais — o «sistema paralelo», na expressão de Welzel <sup>(346)</sup> — surge-nos, enquanto sistema, no Anteprojecto de Código Penal suíço de 1893, da autoria de Carl Stooss, vindo este a influenciar significativamente o CP italiano de 1930, da autoria de Rocco e o CP norueguês de 1902, o primeiro a seguir o modelo <sup>(347)</sup>.

E o sistema surge, nitidamente, como compromisso entre o indeterminismo clássico e o determinismo positivista — como «encontro histórico» entre a escola clássica e a escola positiva, na feliz expressão de Cappelli <sup>(348)</sup> —, superando, através da acumulação da pena e da medida de segurança, as antinomias que se faziam sentir entre a retribuição e a prevenção. Acumulação que, em todo o caso, devia dar a primazia à execução da pena, para desta forma a pena retributiva satisfazer de imediato a necessidade imperiosa de justiça e, ao mesmo tempo, ser realizada a finalidade de prevenção geral <sup>(349)</sup> <sup>(350)</sup>. Esta regra vale ainda em orde-

<sup>(345)</sup> H. JUNG, *JuS*, p. 743.

<sup>(346)</sup> H. WELZEL, *Derecho Penal*, p. 242.

<sup>(347)</sup> Historicamente, refere-se o sistema ao direito prussiano de 1794 — *Allgemein Landrecht für die Preussischen Staaten* — e ao nome de F. Klein. Assim, G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, Nm. 33, e E. MUSCO, *La Misure di Sicurezza Detentiva*, p. 48 ss. Numa perspectiva histórica, *v. ainda*, C. CALON, *AnDP*, p. 9 ss.

<sup>(348)</sup> Citado por A. ALESSANDRI, *RitalDP*, p. 281. Também no mesmo sentido, MARC ANCEL, *Los Delincuentes Mentalmente Anormales*, p. 106.

<sup>(349)</sup> Para uma caracterização deste sistema, *v.*, J. BARREIRO, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, p. 165 ss., e F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 737 s.

<sup>(350)</sup> No entanto, e por influência do pensamento de Stooss, logo na doutrina se dis-

namientos jurídicos como o italiano e o espanhol: o primeiro estipula-a no art. 220.º, relativamente ao internamento em estabelecimento de cura e de segurança, admitindo excepcionalmente que o juiz, atendendo às características particulares da enfermidade psíquica, possa ordenar o internamento antes da execução da pena ou já durante a execução desta; o espanhol consagra o princípio da execução preferencial da pena, quando com esta concorram medidas de segurança, no art. 25.º da Lei Espanhola da Perigosidade e Reabilitação Social. Também entre nós valia a regra da execução prévia da pena no art. 633.º, § 1.º, do CPP de 1929 <sup>(351)</sup>.

Um sistema como o descrito começa a ter dificuldades de subsistência, a partir do momento em que se aponta a prevenção especial de socialização como finalidade primordial da execução da pena, ao mesmo tempo que se conclui que, em certos casos, as condições materiais de execução de uma e outra sanção coincidem; quando se descobrem as desvantagens decorrentes de uma adição mecânica da pena e da medida de segurança; e quando se conclui pela inutilidade da solução, por referência ao princípio político-criminal da necessidade de pena. Em suma, a palavra de ordem passa a ser a da «crise da dupla via» <sup>(352)</sup>.

Na verdade, se as penas e as medidas de segurança visam a ressocialização do delinquente e se este objectivo é mais bem conseguido através das últimas, porque na execução da medida de segurança atende-se de uma forma muito particular ao tratamento individual do condenado, o que torna a influência da sanção muito mais intensa <sup>(353)</sup>, justifica-se não só que seja a medida de segurança a primeira a ser executada, como também que não se execute a pena quando a finalidade que lhe é apontada foi alcançada através da execução que a precedeu.

Esta afinal «farisaica mudança de etiqueta» <sup>(354)</sup> — as penas e as medidas

cutiu a bondade da solução. V. A. v. OVERBECK, *Il Progetto Rocco nel Pensiero Giuridico Contemporaneo*, p. 154 ss.

<sup>(351)</sup> A timidez que então apontámos ao Projecto de CP alemão de 1962 em matéria de vicariato (*supra*, p. 126 s.), é bem reveladora da influência desta regra da execução preferencial da pena.

<sup>(352)</sup> Cfr. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 116, e GÜNTER KAISER, *Befinden sich die Kriminalrechtlichen Maßregel in der Krise?*

<sup>(353)</sup> Neste sentido, H. MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 35; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º, Nm. 2; HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 6; E. HORN, *ZStW*, p. 553.

<sup>(354)</sup> Assim EDUARDO CORREIA, *Prof. Dr. José Beza dos Santos*, p. 17. V. ainda, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 117; MUÑOZ CONDE, *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 224 ss.; MARC ANCEL, *AnDP*, p. 451 s.

de segurança têm a mesma finalidade — ganha ainda mais consistência se atendermos à circunstância de existirem medidas de segurança, especialmente as medidas de segurança em sentido estrito, cujas condições materiais de execução não se distinguem das das penas, o que questiona, indiscutivelmente, a razão de ser dos sistemas dualistas. Concretamente, indaga-se, sem a obtenção de uma resposta convincente — a não ser a de que estamos perante uma prorrogação encoberta da pena —, qual o sentido de uma execução posterior da medida de segurança; de uma medida de segurança privativa da liberdade que anula parcialmente a protecção que o princípio da culpa concede ao delinquente, através da determinação do limite máximo da pena. Na verdade, a perigosidade que a justifica permite uma intervenção muito mais gravosa do que a decorrente da pena de longa duração, pois ela é, em regra, temporalmente indeterminada e o princípio da proporcionalidade não representa um contrapeso suficiente, um contrapeso equivalente ao princípio da culpa.

O dualismo, ao acumular a pena e a medida de segurança põe em grave risco a eficácia e oportunidade de um tratamento adequado ao delinquente: eficácia quando a medida de segurança é executada antes da pena, pois corre-se o risco de prejudicar a ressocialização alcançada se se executar sucessivamente a pena<sup>(355)</sup> (356); oportunidade se for a pena a primeira a ser executada, pois neste caso de execução diferida da medida de segurança pode frustrar-se o objectivo desta, pode comprometer-se a possibilidade de recuperação do delinquente ou agravá-la<sup>(357)</sup>.

Os inconvenientes até agora aludidos são afastados com a introdução do princípio do vicariato: assume-se que a pena e a medida de segurança têm uma fina-

<sup>(355)</sup> Assim, *AE*, justificação dos §§ 66.º-77.º, p. 121; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 739; A. PAGLIARO, *RitalDP*, p. 1204.

<sup>(356)</sup> Do mesmo passo pode afirmar-se, como fez Beleza dos Santos (cfr. *supra*, p. 28), que a execução posterior da medida de segurança pode inutilizar o melhoramento do delinquente alcançado com a execução da pena.

<sup>(357)</sup> Assim, C. STOOSS, *SchwZStr*, p. 29; G. BETTIOL/P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 492; G. LEVASSEUR, *Les Délinquants Anormaux Mentaux*, p. 7; A. PAGLIARO, *RitalDP*, p. 1204. H.-H. Jescheck (*Tratado de Derecho Penal*, II, p. 1131) evidencia esta justificação do princípio do vicariato para dele se ter afastado o internamento de segurança, previsto no § 66.º Este princípio não se estende a esta medida de segurança, porque na execução desta não se leva a cabo um tratamento específico que possa ser posto em perigo com uma execução antecipada da pena. No mesmo sentido, HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao art. 67.º, Nm. 12. Os Autores invocam ainda, em favor da não extensão do vicariato, que o condenado em internamento de segurança não pode ser posto em melhor situação do que aquele que é condenado só em pena privativa de liberdade.

lidade comum na execução; diminui-se a intervenção na esfera de direitos do condenado; não se perdem os resultados obtidos através do tratamento, antes formando a execução da medida de segurança com a execução da pena uma verdadeira unidade, que permite que o tratamento seja levado a cabo de imediato<sup>(358)</sup>. Consequentemente, o princípio acarreta uma maior eficácia do sistema penal, ao mesmo tempo que toma na devida conta a unidade da pessoa humana, não compatível com a defesa da ideia de que o indivíduo responsável é primeiro punido e depois ressocializado porque é criminalmente perigoso<sup>(359)</sup>!

Mas o sistema permite também evitar que aos olhos do delinquente e aos da sociedade apareça a execução cumulativa como uma dupla punição, o que seria injusto e sem sentido<sup>(360)</sup>: por um lado, as medidas de segurança podem representar para o internado um sofrimento considerável, ao mesmo tempo que exigem dele uma colaboração muito intensa, o que torna criticável a acumulação da sua duração com a da pena; por outro lado, a dupla inflicção de um mal parece desnecessária, ou pelo menos dispensável, quando e na medida em que a necessidade de reacção da comunidade contra o facto ilícito típico já se realizou convenientemente<sup>(361)</sup>.

O sistema do vicariato não tem sido a única alternativa de superação dos inconvenientes do sistema dualista. Como já tivemos oportunidade de referir, no nosso país eles foram desde cedo notados por Beleza dos Santos que fez assentar neles o sistema de monismo prático de que a RP de 1936 é exemplo, ao lado do instituto da pena relativamente indeterminada, previsto no nosso CP de 1982, se se considerar que, substancialmente, ela é também medida de segurança<sup>(362)</sup> (363).

<sup>(358)</sup> Cfr. F. PALLINI, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, anotação ao § 24.º, Nm. 1.

<sup>(359)</sup> Assim, G. BETTIOL, *RitalDP*, p. 229; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 738; P. NUVOLONE, *Enciclopedia del Diritto*, p. 662.

<sup>(360)</sup> Assim, a justificação geral dos §§ 66.º a 77.º do *AE*, p. 121. Na doutrina, entre outros, H. MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 36; HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 5; B. VOLCKART, *Maßregelvollzug*, p. 14; EDUARDO CORREIA, *RDES*, p. 35.

<sup>(361)</sup> Assim, entre outros, HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 5.

<sup>(362)</sup> Cfr. *supra*, nota 327.

<sup>(363)</sup> É neste contexto que devemos integrar a problemática da pena de segurança. Sobre ela, v. CAVALLEIRO DE FERREIRA, *A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção*, p. 48 ss.

No fundo, ainda de monismo prático se trata quando, essencialmente na doutrina italiana, encontramos posições no sentido de a pena dos delinquentes de imputabilidade diminuída e dos delinquentes imputáveis perigosos dever ser determinada apenas no seu mínimo, em função da gravidade do facto e da culpa do agente. Quanto à duração máxima ela seria indeterminada, porque dependeria da perigosidade do delinquente <sup>(364)</sup>. Mas via de superação dos inconvenientes do sistema dualista é ainda o sistema monista ético-retributivo defendido por Eduardo Correia, não obstante se poder dizer que nele não há sequer espaço para a coexistência entre penas e medidas de segurança e, portanto, para um sistema dualista, cujos inconvenientes se querem superar. E a asserção é por demais evidente se pensarmos nos casos de imputabilidade diminuída que levam naquele sistema à declaração de imputabilidade ou à de inimputabilidade, consequentemente à aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, mas, em todo o caso, nunca à aplicação de uma pena e de uma medida de segurança, embora exista justificação para ambas <sup>(365)</sup>.

## 2. OS ARTS. 104.º, N.º 2, E 105.º, N.º 3, DO CP

A solução consagrada nos arts. 104.º e 105.º relativamente aos delinquentes imputáveis, portadores de uma anomalia psíquica que os priva da compreensão da pena, cuja execução já se iniciou ou aguarda início, revela a preocupação em estabelecer um regime que, de forma alguma, pressupõe uma adição pura e simples da medida de diversão aplicada e da pena.

O acabado de afirmar exprime-se, desde logo, no n.º 2 do art. 104.º quando estipula que o internamento será levado em conta na duração da pena. Este desconto por inteiro justifica-se se considerarmos a privação da liberdade que o condenado sofreu com o internamento, podendo dizer-se, considerando a imputação sem mais, que ela ancora também na justificação dada para o instituto do desconto previsto nos arts. 80.º a 82.º e que vem a reconduzir-se a um imperativo de justiça <sup>(366)</sup>.

<sup>(364)</sup> Expressamente neste sentido, G. BETTIOL/P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 493, mas apenas relativamente aos delinquentes de imputabilidade diminuída. Cfr., ainda, com indicações bibliográficas, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 739.

<sup>(365)</sup> Cfr. *supra*, p. 31 ss.

<sup>(366)</sup> No seio da Comissão revisora do CP invocaram-se, precisamente, razões «éticas e de justiça», para além de se não ter considerado «útil mandar cumprir a pena de prisão depois de um indivíduo estar curado de uma anomalia psíquica». Cfr. *Actas, BMJ*, 152, p. 23. Sobre os arts. 80.º a 82.º do CP, FIGUEIREDO DIAS, *Diritto Penal* 2, § 9.º, Nm. 73 ss.

No entanto, a imputação do internamento na pena, neste contexto e no do sistema que adopta o princípio do vicariato, acaba por estar substancialmente justificada pela ideia que, no fundo, norteia todo aquele sistema: a execução da pena não deve fazer perigar o resultado ressocializador alcançado na execução da medida de segurança. É um facto que as situações são substancialmente diferentes, se pensarmos que não podemos falar de ressocialização, relativamente ao delinquente imputável, portador de uma anomalia psíquica que o privou da capacidade de apreensão da pena <sup>(367)</sup> — com a execução do internamento não se executou, de forma alguma, a pena, consequência que já se pode verificar quando ao delinquente, pelo mesmo facto, aplicamos uma pena e uma medida de segurança <sup>(368)</sup> —, mas as situações aproximam-se quando pensamos, estritamente, na preocupação de não dever ser posto em causa o resultado do tratamento, através de uma execução sucessiva da pena. E de todo o modo, também não podemos desprezar a possibilidade da frustração do resultado do tratamento significar, em certos casos — sempre que à medida de diversão corresponda o estado de perigosidade criminal do condenado — a devolução à sociedade de um indivíduo criminalmente perigoso.

A importância da não frustração dos objectivos alcançados com o tratamento vem a exigir que também seja descontada na pena a duração da medida de diversão não privativa da liberdade. Quer dizer, a suspensão da execução da pena refere-se somente à execução material da condenação e não ao decurso do tempo. Uma solução distinta, acarretaria «um eventual e grave prejuízo para o condenado, feito depender de uma circunstância para ele dolorosa e que geralmente lhe não pode ser imputada» <sup>(369)</sup>. Ainda que o legislador o não refira expres-

<sup>(367)</sup> Luís Osório (*Comentário ao Código do Processo Penal Português*, VI, anotação ao art. 629.º) invocava esta conclusão para se opor ao desconto do internamento em manicómio, chegando mesmo a afirmar (*ob. cit.*, II, anotação ao art. 130.º) que desta forma ficava em dúvida o princípio da necessidade da integridade mental do réu para nele se executarem penas restritivas da liberdade pessoal. Contrariamente, Silva Ferrão (*Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Português*, p. 147) defendia que o tempo da loucura deveria contar como tempo de expiação, pondo em evidência, precisamente, que desta forma garantir-se-ia o êxito do tratamento.

<sup>(368)</sup> O desconto previsto pelas soluções vicariais encontra justificação, precisamente, na circunstância de na execução da medida de segurança privativa da liberdade haver simultaneamente execução da pena. Assim, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º, Nm. 3; E. HORN, *ZStW*, p. 553.

<sup>(369)</sup> L. Lucchini, para a generalidade dos casos de não execução da pena por alienação mental sobrevinda, citado por, LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, VI, anotação ao art. 629.º

samente, como fez para o caso do internamento, a solução apontada justifica-se, para além da razão aduzida, por a suspensão da execução da pena também comportar uma intervenção na esfera de direitos do condenado (cfr. o n.º 2 do art. 105.º) e valer, portanto, o mesmo imperativo de justiça<sup>(370)</sup>. Aliás, compreender-se-ia mal que as soluções fossem diversas, quando as situações para as quais estão pensadas têm a distingui-las somente a circunstância de o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis implicar uma privação total da liberdade. E se a diferença até poderia implicar soluções distintas — a privação total da liberdade equivaleria à privação total da liberdade decorrente da execução da pena de prisão — elas não são defensáveis aqui, pois o delinquente internado não sente a privação da liberdade como pena, o que exclui que seja retirado aquele efeito da privação.

Diga-se ainda do desconto que ele caracteriza o direito penal português desde muito cedo. Surge com a Lei de 3 de Abril de 1896 a possibilidade do director da cadeia propor ao Ministério dos Negócios da Justiça que fosse levado em conta, total ou parcialmente, na duração da pena, o tempo de tratamento do condenado que tivesse aparecido alienado durante o cumprimento da pena, ou antes da sentença ter princípio de execução — art. 23.º O carácter facultativo do desconto e a eventualidade de ele não ser por inteiro foram afastados com a Lei de 11 de Julho de 1912, ao estipular que fosse levado em conta na duração da pena todo o tempo que o condenado tivesse passado no manicómio — art. 1.º O desconto obrigatório e por inteiro passa, assim, a caracterizar o direito português — art. 629.º, § 2.º, do CPP de 1929, na redacção primitiva e art. 114.º do CP de 1886, na redacção dada pela RPenal de 1954 —, não existindo todavia nos casos em que a suspensão da execução da pena, em virtude de alienação sobrevinda, não acarretasse o internamento. E esta solução compreende-se, embora com grave prejuízo para o condenado, se evidenciarmos que à decisão de suspensão da execução da pena não se ligava o cumprimento de certos deveres ou a sujeição a vigilância, tal como acontece hoje.

Do ponto de vista do direito comparado, concretamente no que ao direito penal espanhol e italiano diz respeito, nenhum destes ordenamentos consagra a solução da imputação do internamento na pena — nem, a possibilidade de não ser executada a pena que ainda esteja para cumprir — quando aquele é motivado por anomalia psíquica posterior à prática do crime<sup>(371)</sup>. No entanto, não se omite

<sup>(370)</sup> Expressamente no sentido do texto dispõe o art. 106.º, n.º 3, do *Projecto* de 91.

<sup>(371)</sup> Decisão de 19 de Junho de 1975, publicada na *RitalDPP*, Ano XIX, 1976, p. 277 ss. Sobre esta questão, v. ainda M. ROMANO/G. GRASSO, *Commentario Sistematico del*

que, por decisão da *Corte Costituzionale* italiana, o art. 148.º do CP — suspensão da execução da pena por enfermidade psíquica posterior à prática do crime — foi considerado inconstitucional por não permitir o desconto na pena do internamento em manicómio criminal. Esta inconstitucionalidade parcial decorreria do princípio da igualdade — art. 3.º da Constituição italiana —, na medida em que o internamento em manicómio, enquanto medida processual, não suspende o decurso do tempo da prisão preventiva. A pena e a prisão preventiva, conquanto sejam ambas medidas privativas da liberdade, têm fins distintos, o que não obsta, no entanto, ao desconto da prisão preventiva na pena que venha a ser aplicada. Ora, se o desconto ocorre mesmo quando houve internamento no manicómio judiciário durante a prisão preventiva, não se vê justificação para esta disparidade de tratamento, já que em ambos os casos o internamento em manicómio judiciário tem finalidades e características idênticas e não é imputável ao delinquente.

O princípio político-criminal básico do vicariato, a execução da pena não deve pôr em perigo o tratamento alcançado na execução da medida de segurança, impõe, em consequência, que feito o desconto não se execute o resto da pena, caso se conclua que a pena ainda não está cumprida. Também os arts. 104.º, n.º 2, e 105.º, n.º 3, em nome da mesma ideia, possibilitam a não execução efectiva do resto da pena, estipulando o primeiro a concessão da liberdade condicional, enquanto o segundo permite, em alternativa, a liberdade condicional e a suspensão da execução da pena.

Reportando-nos concretamente ao art. 104.º, n.º 2, concluímos que, à semelhança do § 67.º do CP alemão, a solução apresentada, em alternativa à execução da pena, é a da concessão da liberdade condicional, *independentemente da duração do internamento*. Esta opção se, por um lado significa, de imediato, a desnecessidade de estar perfeita metade da pena<sup>(372)</sup> — pressuposto para a concessão da liberdade condicional, de acordo com o art. 61.º, n.º 1, do CP — por outro, mostra a exigência de um juízo no sentido de o condenado ter capacidade de se readaptar à vida social e ter vontade séria de o fazer — pressuposto contido no artigo mencionado.

Diferentemente, a versão original do *Projecto* de 63 previa a possibilidade de o tribunal dar a pena por cumprida (art. 125.º, § 1.º). A opção pela liber-

*Codice Penale*, anotação ao art. 148.º, Nm. 5; A. ALESSANDRI, anotação à decisão da Corte Costituzionale, *RitalDPP*, p. 277 ss., e E. VALLILLO, *RDP*, p. 572;

<sup>(372)</sup> No CP alemão o equivalente à nossa liberdade condicional é aplicado somente quando já tiverem sido cumpridos dois terços da pena — § 57.º I 1 —, permitindo o § 67.º a concessão ao meio da pena.

dade condicional foi, precisamente, uma resposta à crítica que a outra solução comportava: ela não fornecia os critérios segundo os quais o juiz dava ou não a pena por cumprida <sup>(373)</sup>. Para além desta vantagem, parece-nos também politicamente preferível a solução que veio a ser consagrada, pois ela não acarreta de imediato o fim da intervenção do sistema de administração da justiça penal.

Em face dos mencionados artigos do CP coloca-se a questão de saber se a liberdade condicional deve ser sempre concedida, feito o juízo favorável mencionado. Concretamente, é pertinente saber se, num ordenamento jurídico como o português, onde a prevenção geral positiva é finalidade primordial da pena, não deve atender-se também a este critério para o efeito de concessão da liberdade condicional. E podemos ilustrar a pertinência da questão com o exemplo do delinquente situacional, condenado ao cumprimento de uma pena de prisão que vise satisfazer somente considerações de prevenção geral de integração. Não atendendo a estas exigências, este delinquente, em princípio, será posto em liberdade condicional, logo que cesse o internamento em estabelecimento de inimputáveis, independentemente da duração daquele, e portanto ainda que, feito o desconto, o tempo de duração da pena seja somente o equivalente, por exemplo, a um quinto da duração total desta! Esta solução, atendendo ao ordenamento jurídico português, é de repudiar, por dois motivos essenciais: primeiro, se é verdade que da execução da pena é esperada a ressocialização do condenado, se, portanto, esta está pensada em função da prevenção especial, não é menos certo que a prevenção geral positiva constitui um limite a esta finalidade, limite que se traduz na opção por esta última quando conflituarem as duas exigências <sup>(374)</sup>; segundo, o próprio instituto da liberdade condicional, quando erige em pressuposto o cumprimento de metade da pena fá-lo em função de exigências de prevenção geral — do ponto de vista da manutenção da fidelidade comunitária ao direito exige-se que o cumprimento efectivo da pena seja, pelo menos, o equivalente a metade — e, portanto, a remissão que é feita para este instituto também há-de ter o sentido de aquelas exigências deverem ser cumpridas, com a consciência, porém, de elas poderem ser satisfeitas com um cumprimento de pena inferior a metade, atendendo à especialidade da situação em causa.

Pensamos, assim, que a concessão da liberdade condicional há-de depender também da circunstância de, no caso, estarem satisfeitas as exigências mínimas de prevenção geral positiva, sob a forma de defesa da ordem jurídica. Dito por

<sup>(373)</sup> *Actas, BMJ*, 152, p. 22 ss.

<sup>(374)</sup> *Cfr. supra*, p. 71 s.

outras palavras, a liberdade condicional é concedida se a tal não corresponder uma diminuição da confiança comunitária no direito <sup>(375)</sup>.

Quanto ao art. 105.º, vimos que o legislador permite a concessão da liberdade condicional ou a suspensão da execução da pena — a pena prevista no art. 48.º <sup>(376)</sup> —, não fornecendo os critérios de tal opção. A alternativa fornecida pelo legislador só pode ter o sentido de a suspensão da execução da pena ser aplicada quando as exigências de prevenção especial e de prevenção geral se opuserem à concessão da liberdade condicional, podendo, contudo, ser satisfeitas através da aplicação daquela pena (cfr. art. 48.º, n.º 2). E se esta possibilidade é de louvar, enquanto afasta o cumprimento efectivo da pena de prisão e, consequentemente, o perigo de ser posto em causa o tratamento levado a cabo, já não se compreende muito bem qual a razão de ela não valer quando o condenado é internado num estabelecimento destinado a inimputáveis. Concede-se, no entanto, o seguinte: nos casos de internamento, mais facilmente do que nos de suspensão de execução da pena, ter-se-á por satisfeita a exigência de defesa da ordem jurídica, o que pode justificar a especial preocupação do legislador em possibilitar, no segundo caso, uma outra via que não o cumprimento efectivo da pena de prisão. Não obstante, não vemos nesta justificação obstáculo decisivo para, também no caso de internamento, se oferecerem alternativas à liberdade condicional, é dizer ao cumprimento efectivo da pena de prisão. Neste sentido,

<sup>(375)</sup> O critério de defesa da ordem jurídica, muito embora não esteja expressamente consagrado no CP português, ao contrário do CP alemão onde é critério legal de escolha da pena (§§ 47.º I, 56.º III e 59.º I 3), é uma referência importante na doutrina portuguesa, em sede de determinação da pena. Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, §§ 7.º, 8.º e 9.º, e ANABELA RODRIGUES, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 21 ss. Acresce, ao exposto, que o conceito não é de todo estranho ao sistema jurídico-penal português, pois nos trabalhos da Comissão Revisora do *Projecto* de 63, apelou-se, em determinado momento, para o critério da «defesa da ordem jurídica». Assim, FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 8.º, Nm. 50. Saliente-se, contudo, que o critério consta expressamente do *Projecto* de 91, nomeadamente enquanto critério de concessão da liberdade condicional, quer nos casos normais — art. 61.º, n.º 2, alínea b) —, quer nos casos particulares de execução de pena e de medida de segurança — art. 99.º, n.º 2 e 3 — e de anomalia psíquica posterior — arts. 105.º, n.º 3, e 106.º, n.º 3.

Sobre o conceito de «defesa da ordem jurídica», v. ainda, C. ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 109 ss., e FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 8.º, Nm. 50.

<sup>(376)</sup> Que aqui está em causa a pena de substituição «suspensão da execução da pena» é claro por referência ao texto inicial do *Projecto* de 63, onde, na disposição correspondente (art. 123.º, § 2.º), se prescrevia a sujeição do criminoso ao regime da condenação condicional, o nome dado por este *projecto* à pena hoje consagrada no art. 48.º

saliente-se que o *AE* permitia que o condenado, a requerimento seu, prestasse trabalho de utilidade pública até ser atingido o tempo correspondente a metade da pena <sup>(377)</sup> e que o art. 99.º, n.ºs 3 e 4, do *Projecto* de 91, aplicável por força dos arts. 105.º, n.º 3, e 106.º, n.º 3, a todos os casos de anomalia psíquica posterior à prática do crime com o efeito de privar o portador da capacidade de compreensão da pena, prevê a substituição do tempo de prisão que faltar para a concessão da liberdade condicional, até ao máximo de 1 ano, por prestação de trabalho a favor da comunidade <sup>(378)</sup>.

Na falta de disposição legal, a execução efectiva do resto da pena — a liberdade condicional não é concedida nem há suspensão da execução do resto da pena, nos termos do art. 48.º — ocorre no estabelecimento comum, muito embora esta solução nos pareça criticável, por não respeitar o princípio geral da execução de que os estabelecimentos devem ser o menos possível mudados, regra relevante no direito penal português desde a introdução do «monismo prático» <sup>(379)</sup>.

## 2.1. Algumas notas conclusivas sobre os arts. 104.º, n.º 2, e 105.º, n.º 3

Por um lado, o disposto nos arts. 104.º, n.º 2, e 105.º, n.º 3, é um afloramento da ideia político criminal da *necessidade de pena*, levada agora para o âmbito da execução, com o sentido específico de a execução efectiva da pena privativa da liberdade ocorrer somente quando tal se revelar *necessário* do ponto de vista das finalidades que à pena são apontadas — prevenção geral positiva e prevenção especial; asserção que vem apenas confirmar que o direito penal português é fértil em exemplos no sentido da determinação da *pena real* ser afinal um produto do juiz da causa, do juiz da execução da pena e até da própria administração executiva da sanção. Os exemplos da importância decisiva que estes últimos

<sup>(377)</sup> Cfr. *supra*, p. 126.

<sup>(378)</sup> Desta forma, o *Projecto* acaba com a possibilidade de suspensão da execução da pena, criando no entanto uma alternativa à execução efectiva da pena de prisão, também aplicável aos casos em que há internamento

<sup>(379)</sup> Cfr. *supra*, p. 28 s. No sentido do texto, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º, Nm. 5, relativamente ao § 67.º V do CP alemão, na parte em que este permite a continuação da execução da medida de segurança e não a execução do resto da pena, se não for concedida a liberdade condicional. No mesmo sentido dirige-se o art. 99.º, n.º 6, do *Projecto* de 91 — execução de pena e de medida de segurança privativas da liberdade —, na hipótese de a prestação de trabalho a favor da comunidade ou a liberdade condicional serem revogadas.

têm na determinação da pena que é efectivamente cumprida, podem ser colhidos na pena relativamente indeterminada, na liberdade condicional, na suspensão da execução da pena e no regime de prova <sup>(380)</sup>.

Por outro lado, enquanto permitem a imputação da medida de diversão na pena e a possibilidade de não ser executado aquilo que daquela restar, os arts. 104.º, n.º 2, e 105.º, n.º 3, mostram que o relacionamento entre culpa e pena não é bilateral ou biunívoco — à existência de culpa não corresponde necessariamente uma pena —, ao mesmo tempo que evidenciam a natureza preventiva e não retributiva das finalidades daquela <sup>(381)</sup>. Esta justificação político-criminal e dogmática, não é de todo em toda estranha ao direito penal português. Pelo contrário, ela encontra pleno acolhimento num instituto como o consagrado no art. 75.º do CP — dispensa de pena; instituto que se traduz na possibilidade de a acções típicas, ilícitas, *culposas* e puníveis poder não corresponder a aplicação de uma pena, se esta não se revelar *necessária* do ponto de vista das finalidades que lhe são apontadas <sup>(382)</sup>.

Com isto gostaríamos ainda de destacar que normas como as que constituem objecto do nosso estudo, para além de obrigarem a uma reflexão sobre as ligações entre a anomalia psíquica sobrevinda à prática do crime e a pena, implicam, também, uma interrogação relativamente às finalidades apontadas à pena num determinado ordenamento jurídico, bem como colocam a questão do relacionamento entre pena e medida de segurança <sup>(383)</sup>. Assim, num Código como o CP italiano de 1930, um dos primeiros monumentos do sistema dualista, não é de estranhar que o internamento no manicómio criminal não seja imputado na pena, pois pressuposto de tal sistema era a total infungibilidade das sanções: a medida de segurança era uma resposta à perigosidade do delincente, uma resposta preventivo-especial, enquanto a pena, ligada à culpa, visava uma finalidade estritamente retributiva, não compatível, portanto, com a possibilidade do descontro <sup>(384)</sup>.

<sup>(380)</sup> V. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 7.º, Nm. 14.

<sup>(381)</sup> Cfr. *infra*, p. 146 ss.

<sup>(382)</sup> Sobre o instituto da dispensa de pena, desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 9.º, Nm. 106 ss.

<sup>(383)</sup> Assim, A. ALESSANDRI, *RitalDPP*, p. 279.

<sup>(384)</sup> Neste sentido, M. ROMANO/G. GRASSO, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, anotação ao art. 148.º, Nm. 4, e A. ALESSANDRI, *RitalDPP*, p. 277 ss. Este Autor discorda, assim, da argumentação da Corte Costituzionale (cfr. *supra*, p. 134 s.). Ela deveria assentar não no princípio da igualdade, mas sim no art. 27.º, n.º 3, da Constituição italiana, onde a ressocialização do condenado é apontada como finalidade da pena, o que afasta o pressuposto

## 2.2. Valoração crítica das soluções contidas nos arts. 104.º e 105.º

Como já afirmámos o direito penal português actual não conhece nenhuma norma que seja uma resposta às regras que hão-de ser observadas quando em causa está a execução cumulativa de uma pena e de uma medida de segurança privativas da liberdade. E se a omissão pode encontrar justificação imediata na circunstância de o sistema ser monista, o que é facto é que numa mesma sentença condenatória, ao mesmo agente, pode ser aplicada uma pena e uma medida de segurança. Basta para tal que o indivíduo que comete dois crimes seja declarado imputável em relação a um deles e inimputável em relação ao outro <sup>(385)</sup>.

A circunstância de as medidas de diversão contidas nos arts. 104.º e 105.º poderem assumir a forma de medidas de segurança, justifica que a valoração última do regime contido nestes artigos passe pela análise crítica da adopção, entre nós, do princípio do vicariato <sup>(386)</sup>, o que implicaria as seguintes regras: execução prévia da medida de segurança; imputação da medida de segurança na pena; execução efectiva do resto da pena apenas quando esta solução for imposta por exigências de prevenção especial e/ou de defesa da ordem jurídica.

### 2.2.1. O vicariato e o sistema dualista de reacções criminais

Do ponto de vista da dogmática jurídica tem-se apontado ao sistema do vicariato a responsabilidade de levar a uma contradição no plano das consequências jurídicas: há uma brecha no princípio do dualismo que assenta na distinção entre pena, reacção à culpa, e medida de segurança, reacção à perigosidade, bem como fica em causa a ideia de que à pena está ligada a infligência de um mal, sendo a medida de segurança alheia a essa consequência.

do Código de Rocco, segundo o qual a finalidade da pena é retributiva e impede, por conseguinte, o desconto. No sentido da finalidade de prevenção especial não decorrer, em exclusivo, da Constituição, tendo nela pleno acolhimento a pena retributiva, G. BETTIOL/P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. 55.

<sup>(385)</sup> Cfr. *supra*, p. 119 s. Compreende-se pelas repercussões substantivas da solução que a omissão é do direito penal substantivo.

<sup>(386)</sup> Não obstante o princípio do vicariato surgir como via de superação dos inconvenientes do dualismo e de este significar a aplicação de uma pena e de uma medida de segurança ao agente de um mesmo facto ilícito típico, aceita-se o seu regime sempre que a mesma sentença condenatória aplique uma pena e uma medida de segurança, independentemente portanto, de ser ou não o mesmo o facto ilícito típico justificativo da imposição das reacções criminais. Discutível é já a questão de saber se ainda é esta a solução quando as sentenças são distintas. Sobre isto, v. MÜLLER-DIETZ, *N/W*, p. 2789 ss., e SCHÖNKE/SCHRÖDER/ISTREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º, Nm. 1.

E se há alguma verdade na afirmação feita, também não é menos certo que, contrariamente ao que pressupunha inicialmente o sistema dualista, hoje acen-tua-se cada vez mais a tendência no sentido da execução da pena visar a reinserção social do delincente e já não, privilegiadamente, a retribuição da culpa <sup>(387)</sup>, com o que a pena e a medida de segurança vêm a responder à mesma finalidade no âmbito da execução — à prevenção especial de socialização. Esta tendência tem mesmo expressão legislativa em ordenamentos jurídicos como o português onde o art. 2.º, n.º 1, da RP de 1979 estipula que a execução das medidas privativas de liberdade deve orientar-se de forma a reintegrar o recluso na sociedade, preparando-o para, no futuro, conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem que pratique crimes; o alemão, cujo § 2.º da Lei de Execução aponta como finalidade da execução da pena a reinserção social <sup>(388)</sup>; o espanhol onde é a própria Constituição (art. 25.º, n.º 2) a prescrever como objectivos das penas e das medidas de segurança a reeducação e a reinserção social <sup>(389)</sup>; e o italiano onde o art. 27.º, n.º 3, da Constituição prescreve que as penas devem tender para a reeducação do condenado.

Jeschek fala expressamente num «sistema de via única no âmbito da execução», sistema perspectivado em função da ressocialização do condenado. E aquele desiderato é alcançado no direito penal alemão, através de um «sistema flexível», cujas características vêm a ser as seguintes: o § 67.º I, consagra a regra de que se executa o internamento em instituição psiquiátrica ou em estabelecimento de desintoxicação, antes da pena privativa de liberdade, podendo, contudo, o cumprimento total ou parcial <sup>(390)</sup> desta ter lugar antes da execução da medida se a obtenção do objectivo desta for facilitado por essa via (§ 67.º II); o cumprimento antecipado da pena pode ser, posteriormente decidido, anulado ou modificado se as circunstâncias pessoais do réu o aconselharem (§ 67.º III); para as hipó-

<sup>(387)</sup> No sentido de a repressão, como compensação da culpa, não ter um objectivo específico na execução da pena, estando justificada apenas quando e na medida em que for imposta por necessidades de prevenção, H. KAUFMANN, *Ejecución Penal y Terapia Social*, p. 100 s.

<sup>(388)</sup> V., CALLIES/MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, anotação ao § 2.º

<sup>(389)</sup> Mir Puig e Muñoz Conde (*Aditamentos*, 1135), defendem, a partir desta disposição, a introdução do princípio do vicariato no direito penal espanhol. Contra, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho Penal*, p. 700. Estes Autores podem ser colocados no grupo daqueles para quem o princípio do vicariato conduz a um monismo autêntico e exagerado e à consequente confusão entre pena e medida de segurança.

<sup>(390)</sup> A possibilidade de cumprimento parcial da pena foi introduzida na reforma de 1986, o que denota o aperfeiçoamento progressivo do denominado «sistema de via única no âmbito da execução».

teses contidas no § 67.º I a III vale a regra do desconto do internamento na pena e são dadas facilidades na concessão da liberdade condicional, por contraposição ao regime normal contido no § 57.º (§ 67.º IV e V); o § 67.º a) permite a imposição de uma medida de segurança diferente se tal estiver de acordo com a maior facilidade de obtenção da ressocialização do condenado; o § 67.º b) autoriza a suspensão das medidas de segurança, se as especiais circunstâncias do caso o aconselharem atendendo ao objectivo desta sanção, valendo a suspensão também na hipótese de se ter já executado a pena privativa de liberdade e de o internamento já não ser necessário — § 67.º c) <sup>(391)</sup>.

A concepção monista do ponto de vista das finalidades que à pena e à medida de segurança são apontadas no âmbito da execução, acarreta, inevitavelmente, a tendência para as considerar substituíveis <sup>(392)</sup>. No entanto, a assinalada solução de via única, a brecha no sistema dualista, ocorre apenas no momento da execução <sup>(393)</sup>, mantendo-se a diferenciação entre penas e medidas de segurança incólume no momento da imposição judicial, o que afasta a crítica no sentido do princípio do vicariato levar a uma contradição no plano das consequências jurídicas: através da sentença condenatória, a administração da justiça penal continua a mostrar ao acusado e à comunidade o distinto significado da pena e da medida de segurança, bem como os diferentes pressupostos de uma e de outra, com o que ganha sentido continuar a falar em culpa e em perigosidade, o que verdadeiramente vem, a final, a distinguir as penas das medidas de segurança <sup>(394)</sup>. Do mesmo passo, a distinção entre pena e medida de segurança no momento da

<sup>(391)</sup> H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 737 ss.

<sup>(392)</sup> Cfr. HANACK *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 9.

<sup>(393)</sup> Isto mesmo é destacado por R. SCHMITT, *Festschrift für Thomas Württemberg*, p. 281. No mesmo sentido também, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 737.

<sup>(394)</sup> No sentido de a pena e a medida de segurança serem distinguíveis somente por referência à culpa e à perigosidade, respectivamente, C. ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, p. 58, e *Strafrecht*, § 3.º, Nm. 59. Também parece ser esta a tendência de FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 793. Diferentemente, W. Hassemer (citado por MUÑOZ CONDE, *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 235, nota 29) afirma que, em face da evolução alcançada hoje no sistema das penas e das medidas, a grande tarefa político criminal não consiste em reactivar o contraste entre culpa e perigosidade, mas sim o desenvolvimento de instrumentos que, por um lado, determinem que se imponha ao delincente uma consequência jurídico-penal que seja uma resposta o mais possível precisa ao seu facto e à personalidade e que, por outro lado, garantam que o delincente, tanto no âmbito das medidas, como no das penas, fique protegido nos seus direitos em face de intervenções desproporcionadas. Em face desta tarefa a distinção entre penas e medidas de segurança é de importância secundária.

imposição judicial protege de forma mais eficaz o condenado, já que o princípio da culpa limita mais a intervenção do poder estadual <sup>(395)</sup>.

Mas as especificidades das sanções ressurgem mesmo na execução quando, executada a medida de segurança e feito o desconto, se indagam as exigências de prevenção em vista da decisão sobre a execução efectiva do resto da pena. Na verdade, a concessão da liberdade condicional depende de um juízo no sentido de a execução efectiva da pena não se revelar necessária do ponto de vista da prevenção especial — cfr. § 67.º V do CP alemão e também assim já o § 77.º II do AE —, o que é demonstrativo da autonomia das exigências de prevenção especial, enquanto exigências ligadas à pena. Mas depende também de um juízo no sentido de a solução imposta pela ideia da reinserção social do condenado ser compatível com o conteúdo mínimo da prevenção geral positiva, o que é ainda mais revelador da subsistência de uma pena <sup>(396)</sup>, pois só esta, e não também a medida de segurança, está limitada, na tarefa de prevenção especial de socialização, pela prevenção geral de defesa da ordem jurídica.

Uma afirmação como a acabada de fazer vem a significar que, afinal, ao dualismo do ponto de vista dos fundamentos das sanções — a pena encontra a razão de ser na culpa, enquanto a medida de segurança é justificada pela perigosidade — corresponde também um dualismo do ponto de vista das finalidades da pena e da medida de segurança <sup>(397)</sup>. Às primeiras ligam-se as finalidades de prevenção geral positiva e de recuperação social do delincente; às segundas, apenas a finalidade de prevenção especial.

<sup>(395)</sup> Assim, C. ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, p. 61. Saliente-se que, segundo o Autor (*Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 52), a existência de medidas de segurança, justificadas à luz do interesse público preponderante, reforçam até o princípio da culpa, enquanto limite da intervenção estadual, uma vez que mostram que aquele não é manipulável.

<sup>(396)</sup> Para H. Jung (*JuS*, p. 744), a nova redacção do § 67.º V do CP alemão — a suspensão do resto da pena está dependente de uma duração mínima da pena correspondente a metade desta (cfr. *infra*, p. 145 s.) — tem precisamente a vantagem de permitir a distinção entre pena e medida de segurança.

<sup>(397)</sup> Se pensarmos a finalidade preventiva, em geral, como alternativa à retribuição, então quanto às finalidades falar-se-á em monismo. Neste sentido, C. ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 55, relativamente ao AE. Este, ao estipular no § 2.º I que as penas e as medidas de segurança visam a protecção de bens jurídicos e a reinserção do delincente na comunidade aponta finalidades preventivas quer a umas quer a outras. Já a solução é dualista no plano dos limites, pois nas penas intervém o princípio da culpa, enquanto que nas medidas de segurança o princípio do interesse preponderante (§ 2.º II).

Com efeito, a aplicação de uma medida de segurança, embora justificável à luz da ideia de protecção de bens jurídicos, uma vez que pressuposto da sua imposição é a existência de um estado de *perigosidade criminal*, não encontra eco autónomo numa exigência de reafirmação da validade da norma violada, o que não quer dizer que, na medida em que está em causa a perigosidade criminal, não seja uma forma de «manutenção da ordem jurídica» <sup>(398)</sup>: a medida de segurança aplica-se, porque os bens jurídicos que possam vir a ser violados são bens com protecção jurídico-penal e, neste sentido, poder-se-á afirmar que a aplicação da medida de segurança reafirma a validade da norma que tutela tais bens jurídicos.

Quando a medida de segurança é aplicada a um delincente, cumulativamente com uma pena, é a esta que cabe a realização da finalidade de prevenção geral positiva, pois esta determina-se, precisamente, em função da medida exigida pela estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada. Exigências preventivas, em todo o caso, limitadas pela culpa do agente, por imposição da protecção da dignidade da pessoa humana. E a garantia ínsita no princípio da culpa seria muito aparente se as exigências de prevenção geral de integração que ele tem por missão limitar pudessem vir a justificar a imposição cumulativa de uma medida de segurança, muito embora este argumento não seja decisivo, já que o princípio da culpa não limita, de todo em todo, as exigências preventivo-especiais, justificativas da medida de segurança, ainda que, em princípio, também fosse esse o seu objectivo <sup>(399)</sup>. Mas já abona no sentido da afirmação feita, concluir que, tendencialmente, não ocorrerão conflitos entre as exigências de prevenção geral de integração e a culpa, em sede de determinação concreta da pena <sup>(400)</sup>.

Por outro lado, não tem sequer sentido falar em reafirmação da validade da norma violada quando ao agente da prática do crime é aplicada uma medida de segurança, por ele ter sido declarado inimputável perigoso. E não tem sentido, porque nesta hipótese não chega sequer a haver «violação da norma», do ponto de vista comunitário. O sentimento comunitário de fidelidade ao direito, a confiança da comunidade na validade da norma não são enfraquecidos quando ao

<sup>(398)</sup> Cfr. H. SCHULTZ, *JZ*, p. 119. Destaca esta protecção dos bens jurídicos FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 639. ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, Nm. 55, aponta à medida de segurança uma finalidade *secundária* de prevenção geral positiva.

<sup>(399)</sup> Cfr. *supra*, nota 394.

<sup>(400)</sup> A conclusão é de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 8.º, Nm. 28. Saliente-se que pressupomos, em texto, o «modelo» de medida da pena defendido por aquele Autor. V., desenvolvidamente, *ob. cit.*, Nm. 23 ss.

inimputável não é aplicada uma qualquer reacção criminal <sup>(401)</sup>. Poder-se-á dizer, talvez mais correctamente, que as exigências de prevenção geral positiva, sob a forma de defesa da ordem jurídica, não subsistem para além de um processo penal onde sejam devidamente esclarecidas as circunstâncias concretas do caso. Isto não quer significar, como já afirmámos, que, tratando-se de inimputável perigoso, não haja um reforço da consciência jurídica comunitária, através da aplicação da medida de segurança. E para além disto, a prevenção geral positiva, muito embora não justifique autonomamente a aplicação de uma medida de segurança, intervém no juízo de proporcionalidade que seja feito depois de já se ter concluído pela perigosidade criminal do delincente e, portanto, pelas exigências preventivo-especiais <sup>(402)</sup>.

A necessidade da não execução efectiva da pena não poder pôr em causa a crença da comunidade na validade da norma, sob pena de assim saírem diminuídos os sentimentos de confiança e de segurança dos cidadãos nas instituições jurídico-penais, justifica-se também por apelo às teorias funcionalistas, na medida em que não atender à prevenção geral positiva no momento da execução da pena significaria pôr de lado um dos vectores da cominação legal e da determinação judicial da pena, o que criaria uma disfuncionalidade no sistema penal, por serem afinal distintas as exigências dos subsistemas que compõem o sistema global. Ou, como preferimos, estar-se-ia a desrespeitar a ideia básica de que as diferentes fases da administração da justiça penal hão-de constituir sempre uma resposta àquilo que o ordenamento jurídico impõe em matéria de finalidades da pena <sup>(403)</sup>.

Todavia devemos conceder que o princípio do vicariato, tal como surge inicialmente, demonstra uma preocupação exclusiva com a prevenção especial de socialização: é o direito penal da pura retribuição e o direito penal da prevenção da lesão dos bens jurídicos através de medidas de segurança que perde em favor de um direito penal que elege como primeiro plano a readaptação social do delincente, segundo palavras de Marquardt <sup>(404)</sup>. No entanto, acompanhar a evolução da solução vicarial contida no direito penal alemão vem a significar a passagem de um vicariato na execução preocupado exclusivamente com a prevenção especial de socialização para um outro onde também tem expressão a prevenção

<sup>(401)</sup> Cfr. *supra*, p. 56.

<sup>(402)</sup> Sobre a prevenção geral de integração e as medidas de segurança, v. MÜLLER-DIETZ, *NSZ*, p. 148.

<sup>(403)</sup> Cfr. *supra*, p. 69 ss.

<sup>(404)</sup> Cfr. H. MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 37.

geral de defesa da ordem jurídica. Na verdade, antes da reforma de 1986, o § 67.º V, não fazia qualquer restrição de ordem temporal à concessão da liberdade condicional. Feito o desconto, esta era concedida ainda que não estivessem perfeitos os dois terços de pena necessários segundo a regra geral do § 57.º I, pois, não se fazendo sentir exigências de prevenção especial que impusessem a execução da pena, qualquer solução que não constituísse excepção à regra dos dois terços faria perigar, sem justificação, os resultados alcançados com a execução da medida de segurança <sup>(405)</sup>.

A reforma de 1986, ao introduzir a regra de que a liberdade condicional só é concedida se, depois de imputado o internamento, estiver perfeita metade da pena, vem limitar a invocação da prevenção especial de socialização. E se, nas palavras de Jung, são postergadas as exigências terapêuticas por referência à justiça globalmente considerada <sup>(406)</sup>, concretamente, o que verdadeiramente ressalta é a exigência de defesa da ordem jurídica. Esta, paralelamente ao que sucede em matéria de escolha da pena, limita as exigências de prevenção especial <sup>(407)</sup>.

Curiosamente, o AE, espaço de privilegiamento da prevenção especial de socialização — o que importa é o êxito do tratamento, porque «a melhor segurança é a ressocialização do delinquente» <sup>(408)</sup> —, não trata diferentemente os delinquentes que foram internados para tratamento antes da execução da pena. A estes, tal como aos outros em geral, a liberdade condicional é concedida ao meio da pena (§ 48.º II), muito embora a preocupação em não saírem frustrados os resultados do tratamento se manifeste quando se concede a possibilidade de o condenado, a requerimento seu, prestar trabalho de utilidade pública até ser atingido o meio da pena (§ 77.º III). Embora ficando aquém do proporcionado pelo direito alemão anterior a 1986, do ponto de vista estrito da prevenção especial, a solução do AE é de aplaudir enquanto atende, equilibradamente, às preocupações de socialização do delinquente e de manutenção da confiança no direito.

A concessão da liberdade condicional, sempre que a esta solução não se oponham razões de prevenção especial de socialização e de prevenção geral positiva, se, por um lado, encontra justificação na ideia de não serem prejudicados os resultados obtidos através da execução da medida de segurança, por outro, vem a ser

<sup>(405)</sup> V. HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 18, e H. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 164 ss.

<sup>(406)</sup> H. JUNG, *JuS*, p. 744.

<sup>(407)</sup> V. C. ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 108 ss.

<sup>(408)</sup> Cfr. justificação geral dos §§ 66.º a 77.º do AE, p. 121.

manifestação do *princípio político-criminal da necessidade de pena*: não se executa efectivamente a pena de prisão, se tal se revelar desnecessário do ponto de vista das finalidades que são assinaladas a esta sanção, o que representa mais um passo, no sentido de a pena responder também a exigências político-criminais <sup>(409)</sup>.

Aquele princípio — enquanto princípio político-criminal ligado à pena — vem, assim, a ter uma intervenção autónoma no âmbito da execução, justificada por, no caso concreto, mediar algum tempo entre a imposição da pena e o momento da sua execução, o que pode ter reflexos ao nível das exigências preventivas, como reconhece, a outro propósito, o art. 73.º, n.º 2, alínea d), do CP. Na verdade, se uma sanção encontra a sua razão de ser em fundamentos de natureza preventiva, compreende-se a exigência de averiguação da subsistência dos mesmos quando à imposição não se segue, de imediato, a execução; exigência esta de que é expressão o art. 102.º do CP ao impor o reexame da medida de segurança, cuja execução ocorra três anos depois sobre a decisão que a decretou. Concretamente no que diz respeito à prevenção geral positiva, ter-se-á que reconhecer que «se o delicto perturba a ordem moral da sociedade, esta perturbação é sempre mais ou menos transitória, porque aquelas leis necessárias — as leis fataes que regem o estado social, a solidariedade dos seres sociáveis e a perfectibilidade humana — impõem irresistivelmente o restabelecimento da ordem e da tranquilidade quebrantadas pelo facto criminoso» <sup>(410)</sup> <sup>(411)</sup>.

## 2.2.2. O vicariato e o princípio da culpa

Ao sistema que acolhe o princípio do vicariato é assinalada a responsabilidade de violar o princípio da culpa, o que o tornaria incompatível com o direito penal da culpa.

Obviamente que, para quem deduza do princípio da culpa a necessidade de pena, há uma violação daquele princípio quando se substitui a execução da

<sup>(409)</sup> Assim, HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 8.

<sup>(410)</sup> «Relatório da Proposta de Lei da Nova Reforma Penal», *RLJ*, ano 18.º, p. 322. O Relatório da Reforma Penal de 1884 retirava da afirmação citada em texto o carácter não perpétuo da pena.

<sup>(411)</sup> Assim, SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Portuguez*, p. 147, ao defender o curso da prescrição nos casos de suspensão da execução da pena por motivo de loucura sobrevinda: a sociedade já não tem o mesmo interesse em punir o condenado. Curiosamente, o CP espanhol — art. 82.º — exceptiona do cumprimento o condenado que, entretanto, tenha recobrado a saúde mental, sempre que, de acordo com as disposições daquele diploma, a pena tenha prescrito.

pena pela execução da medida de segurança, através do desconto. Mas, se o vicariato é incompatível com a concepção biunívoca ou bilateral do princípio da culpa — não há pena sem culpa, nem culpa sem pena —, já o mesmo não poderá ser dito, se a concepção for unívoca ou unilateral — não há pena sem culpa, ou em medida superior a esta, mas nem sempre à existência de culpa corresponde pena <sup>(412)</sup>. E não há incompatibilidade entre o vicariato e o princípio da culpa, porque este, ao manter o seu significado constitutivo no momento da imposição da pena, cumpre a finalidade que lhe é apontada no contexto do relacionamento unilateral entre culpa e pena — «a culpa, sendo pressuposto e limite da pena não é 'fundamento' dela: na aceção de que a pena não encontra na compensação da culpa a razão da sua aplicação» <sup>(413)</sup> <sup>(414)</sup>.

A exigência de fazer corresponder à culpa uma pena poder-se-á considerar respeitada, não obstante o vicariato, se entendermos a execução da medida de segurança privativa da liberdade como uma privação da liberdade, com a qual se identifica a retribuição, que implica um tratamento terapêutico especial ou, excepcionalmente, uma necessidade especial de segurança, ou seja, se a vímos como um cumprimento mais eficaz da função preventivo-especial da pena. Entendimento este bastante plausível quando a medida de segurança não excede a duração da pena de culpa. Só excedendo-a é que existe, efectivamente, uma autonomização da finalidade preventivo-especial da medida de segurança. Neste caso, esta não encontra justificação na pena que substitui, mas no princípio do interesse preponderante <sup>(415)</sup> <sup>(416)</sup>.

O princípio do vicariato pode, então, não ser, de todo em todo, incompatível com uma concepção retributiva das finalidades da pena, à qual se liga o rela-

<sup>(412)</sup> Sobre estas duas concepções, C. ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 187 ss., e BFD, p. 19 ss. Entre nós, FIGUEIREDO DIAS, ROA 1983, p. 29, e *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 815 ss.

<sup>(413)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* 2, § 9.º, Nm. 126.

<sup>(414)</sup> No sentido da não violação do princípio da culpa, pela razão aduzida, HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 8; H. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 39.

<sup>(415)</sup> Assim, G. STRATENWERTH, *Derecho Penal*, I, Nm. 53. V. também H. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 39. Contra, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 52.

<sup>(416)</sup> Uma conclusão deste tipo, a aceitar-se, não invalida a conclusão que tirámos no sentido de as soluções dos arts. 104.º e 105.º reafirmarem o carácter unilateral do princípio da culpa (cfr. *supra*, p. 139), pois, em face da incapacidade de compreensão da pena, não é possível defender a ideia da execução da pena quando se leva a cabo a da medida de segurança.

cionamento bilateral entre culpa e pena. E não é, se o carácter retributivo da pena consistir somente na privação da liberdade, consequência necessária da execução de uma medida de segurança privativa da liberdade; ou se se entender, como entende Eduardo Correia <sup>(417)</sup>, que no processo de retribuição, deve fazer-se apelo à responsabilidade do condenado, no sentido de ele reparar as tendências do delinquente para o crime, objectivo, claramente mais facilitado na execução da medida de segurança pela individualização que potencia.

A violação do princípio da culpa decorreria ainda da não execução efectiva do resto da pena. Ora, se a essa não execução corresponder a concessão da liberdade condicional — a solução do direito penal alemão (§ 67.º V) e também a dos arts. 104.º e 105.º do CP português — a crítica só procede, no contexto do relacionamento bilateral entre pena e culpa, se a liberdade condicional não for vista como um incidente de execução da pena. A ser um incidente deste tipo — uma *Strafvollstreckungsmaßnahme* <sup>(418)</sup> —, à culpa corresponde, inegavelmente, uma pena.

Ainda que à não execução do resto da pena, não corresponda a concessão da liberdade condicional — como acontece, por exemplo, no direito penal espanhol (art. 9.º, 1.ª) — é de evidenciar que isto não significa, necessariamente, o abandono, sem mais, das ideias retributivas. Um pensamento de base ético-retributiva, como o de Eduardo Correia, aceita, em casos excepcionais, o cumprimento do dever de recuperar socialmente o delinquente, com sacrifício do dever de castigar o mal do crime, pois «ter-se-á diluído a ideia de retribuição, mas ter-se-á ganho um homem» <sup>(419)</sup>.

### 2.2.3. O vicariato e o princípio da igualdade

Para além destas críticas, o vicariato é ainda acusado de permitir um tratamento diferente dos delinquentes por ele abrangidos, por contraposição àqueles

<sup>(417)</sup> EDUARDO CORREIA, sep. BFD, p. 29 s.; *Direito Criminal*, I, p. 66.

<sup>(418)</sup> Assim, H.-H. HESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 762; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1985, anotação ao § 57.º, Nm. 2. Concretamente em relação ao direito português, a caracterização da liberdade condicional como incidente de execução da pena é duvidosa, já que do regime legal decorre a possibilidade de a duração daquela ultrapassar o tempo de pena que ainda esteja por cumprir, sem que a libertação condicional do delinquente dependa do consentimento deste (art. 61.º do CP). Sobre isto, ANABELA RODRIGUES, sep. BMJ, p. 30 ss., e ALMEIDA COSTA, sep. BFD, p. 39 ss. Como verdadeiro incidente de execução da pena é concebido no *Projecto* de 91 (art. 61.º, n.º 1 e 5).

<sup>(419)</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 66.

que são condenados só numa pena de prisão, o que violaria o princípio da igualdade <sup>(420)</sup>. A invocação deste princípio, por apelo a considerações de justiça, tem em vista, concretamente, aquele a quem é aplicada uma pena e uma medida de segurança privativas da liberdade e que vem a ser tratado mais favoravelmente do que o condenado a quem é aplicada só uma pena, uma vez que ao primeiro pode ser concedida a liberdade condicional num momento anterior <sup>(421)</sup>.

Por exemplo <sup>(422)</sup>, A e B foram punidos pela prática do crime de homicídio com penas de 10 anos de prisão. B, alcoólico, foi mandado internar, nos termos do § 64.º do CP alemão, num estabelecimento de desintoxicação. Como, segundo o § 67.º a medida é executada antes da pena e tem a duração máxima de dois anos — § 67.º d) —, tempo em princípio necessário para o tratamento, então, por aplicação do § 67.º V, feito o desconto, o condenado pode ser posto em liberdade condicional quando ainda lhe faltarem oito anos para o cumprimento total da pena, enquanto que o condenado A só poderá gozar desse regime cumpridos que estejam dois terços da pena, ou seja, seis anos e uns meses depois do início da execução da sanção (§ 57.º).

É claro que, tal como nos é exposto o exemplo, há uma violação do princípio da igualdade, pois a argumentação subjacente pressupõe que estejamos em face de duas situações iguais que viriam a ser tratadas diferentemente. Mas ainda aqui, admitindo-se, pois, a existência de um tratamento legal desigual, o que pressuporia, repita-se, o estabelecimento prévio da igualdade das situações, importa averiguar se o sistema em si é ou não, realmente, potenciador da desigualdade, dependendo também desta resposta a avaliação final do sistema do vicariato. Na Alemanha, as investigações criminológicas levadas a cabo com o objectivo referido mostram que a aplicação prática do sistema contido no § 67.º do CP alemão não redunde na violação do princípio da igualdade, porquanto o número de casos que levam a uma redução da duração da privação da liberdade, por comparação com aqueles onde não há o benefício do § 67.º V, é quase irrelevante e

<sup>(420)</sup> É também acusado de ser um sistema muito abstracto, concedendo ao juiz um amplo e por vezes desmedido arbítrio, o que impede um controlo da sua utilização. Assim, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho Penal*, p. 698. V., sobre isto, H. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 43 ss.

<sup>(421)</sup> Sobre isto, HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, anotação ao § 67.º, Nm. 10; H. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 45 ss.

<sup>(422)</sup> Seguimos H. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 48.

a redução não significativa <sup>(423)</sup>. Investigações, destaque-se, que ocorreram anteriormente à entrada em vigor da reforma de 1986, reforma que introduz a regra segundo a qual o regime de privilégio do § 67.º V — a concessão da liberdade condicional antes de estarem cumpridos dois terços da pena — é concedido apenas se, através do desconto, já estiver perfeita metade da pena, regra que, obviamente, restringe a extensão da violação do princípio da igualdade, se é que não elimina mesmo os casos concretos de violação. No exemplo dado, o condenado B, já não seria libertado condicionalmente dois anos depois de ter tido início a privação da liberdade <sup>(424)</sup>.

Parece-nos, contudo, que não é sequer necessário socorrer-mo-nos da avaliação prática do sistema do vicariato para podermos afirmar a sua concordância com o princípio da igualdade. Isto se apelarmos directamente para o conteúdo do princípio, ou seja, o princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio e enquanto proibição de discriminação <sup>(425)</sup>.

Quanto ao primeiro aspecto, o princípio da igualdade exige, positivamente, o tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes, sendo necessário, contudo, sob pena de violação do princípio, que o critério que permite a consideração das situações como iguais ou diversas seja um critério materialmente suportado, o que decorrerá, em princípio, da *ratio* do tratamento jurídico que se pretende dar à situação.

No que ao vicariato na execução diz respeito, o tratamento desigual daqueles a quem é aplicada uma medida de segurança e uma pena, desigualdade que se analisa num benefício relativamente à concessão da liberdade condicional, justifica-se à luz da razão de ser deste tratamento jurídico diferente, ou seja, por consideração da ideia de ressocialização do condenado, pela preocupação com a não

<sup>(423)</sup> H. Marquardt (*Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, p. 143) mostra que numa investigação de 156 casos, apenas 8 — só alcoólicos — beneficiaram de uma redução — insignificante — do tempo de privação de liberdade por aplicação do § 67.º. Evidencie-se que os alcoólicos, os beneficiários reais do sistema do vicariato, deixaram de o ser depois da reforma de 1986. Cfr. *infra*, o que é dito em texto.

<sup>(424)</sup> Significativamente, Schönke/Schröder/Stree, na 22.ª ed. do *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1985 (anotação ao § 67.º, Nm. 4) apontam a violação do princípio da igualdade quando referem a concessão da liberdade condicional antes de estarem perfeitos dois terços da pena, enquanto que na 23.ª ed. (1988), já posterior à reforma de 1986, omitem, completamente, a questão da violação do princípio da igualdade (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 1988, anotação ao § 67.º, Nm. 4).

<sup>(425)</sup> Seguimos aqui, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, anotação ao art. 13.º; e MARIA DA GLÓRIA PINTO, sep. do BMJ, p. 20 ss.

frustração dos resultados preventivo-especiais alcançados com a execução da medida de segurança, o que legitima a conclusão no sentido de não estarmos em face de um tratamento desigual arbitrário, sem qualquer justificação razoável de acordo com um critério de valor objectivo.

Quanto à proibição de discriminações, ela não significa, de modo algum, uma proibição de tratamento diferenciado, mas tão-só que essa diferenciação se não baseie em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias — *v. g.*, as categorias a que o art. 13.º, n.º 2, da CRP faz referência e que, manifestamente, não estão presentes na adopção do princípio do vicariato. Pelo contrário, a discriminação feita encontra apoio no ordenamento jurídico-constitucional positivo, uma vez que este dá cobertura, à prevenção especial de socialização, por via do princípio da socialidade <sup>(426)</sup>.

<sup>(426)</sup> Sobre este princípio, *v.* FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, p. 817.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Atendendo às questões então enunciadas na parte introdutória deste trabalho — âmbito de aplicação do art. 103.º e razão justificativa do internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica contemporânea da prática do crime em estabelecimento destinado a inimputáveis; razão de ser da relevância da anomalia psíquica posterior à prática do crime, pressuposta pelos arts. 104.º e 105.º; natureza jurídica das medidas substitutivas da execução da pena; e regime da execução da pena posteriormente à cessação da anomalia psíquica — destacamos de seguida algumas notas conclusivas, a partir do exposto nos capítulos antecedentes.

1.1. O internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis previsto no art. 103.º do CP tem como destinatários os delinquentes imputáveis, portadores de uma anomalia psíquica contemporânea da prática do crime, sem o efeito de levar à declaração de inimputabilidade. Concretamente, podem ser abrangidos por esta disposição os delinquentes tradicionalmente denominados de «imputabilidade diminuída» que não tenham sido declarados inimputáveis (art. 20.º, n.º 2, do CP) e aqueles, cuja anomalia psíquica não permite qualquer ligação com o facto ilícito típico concretamente praticado (art. 20.º, n.º 1). São ainda destinatários os delinquentes imputáveis, cuja anomalia psíquica sobrevém depois da prática do crime, antes da execução da pena ter início ou já durante esta fase de administração da justiça penal, sempre que a anomalia não tenha por efeito tornar o portador incapaz de compreender a pena (art. 104.º, n.º 1, 2.ª hipótese).

Este internamento — na dependência do consentimento do condenado (art. 10.º, n.º 3, da RP de 1979), o que dá cumprimento a uma ideia de não estigmatização — tem lugar quando se mostrar que, por virtude da anomalia psíquica de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns é prejudicial ao delinquente, ou que este perturba seriamente esse regime (art. 103.º, n.º 1). Quer dizer, o inter-

namento em estabelecimento destinado a inimputáveis procura fazer face a um «perigo de prejuízos de carácter penitenciário», manifestação clara do princípio político-criminal da humanização da execução da pena privativa da liberdade. Esta conclusão encontra apoio na circunstância de o internamento ser por tempo correspondente à duração da pena, não prejudicar a possibilidade de concessão de liberdade condicional, nem o reinternamento em estabelecimento comum, pelo tempo de privação de liberdade que falte cumprir, logo que cesse a causa determinante do internamento em estabelecimento especial (art. 103.º, n.º 2).

1.2. Os arts. 104.º, na parte em que considera a anomalia psíquica com os efeitos previstos no art. 91.º, e 105.º, contrariamente ao disposto no artigo que os antecede, imputam à anomalia psíquica, posterior à prática do crime, o efeito de impedir a execução da pena aplicada ao imputável, diferindo-a ou interrompendo-a, consoante ela surja antes ou depois desta fase da administração da justiça penal ter tido início.

A solução da não execução da pena encontra justificação numa ideia de capacidade de compreensão da pena: ao delinquente é de exigir um conjunto de qualidades pessoais que lhe permitam sentir a pena como um mal — sentir o sofrimento advindo do mal da pena —, condição de concretização das finalidades desta sanção. Quer dizer, os arts. 104.º e 105.º pressupõem que o delinquente seja incapaz de apreender o sentido da pena que lhe é aplicada. Concretamente, esta incapacidade de compreensão da pena depende da existência de uma anomalia psíquica — elemento biopsicológico — e da conclusão no sentido de ela impedir o portador de sentir a pena nessa qualidade — efeito da anomalia psíquica —, juízo que há-de reportar-se à pena concreta em causa.

1.2.1. A não execução da pena por incapacidade de apreensão do sentido desta determina a aplicação ao arguido de medidas de diversão — medidas de diversão na execução da pena —, cujo objectivo imediato é, precisamente, o de serem criadas as condições, *maxime* através da oferta de um tratamento terapêutico, para a eliminação de tal incapacidade e a consequente execução da pena, da qual é esperada a concretização das finalidades desta sanção, é dizer a protecção efectiva dos bens jurídico-penais, protecção que mediatamente justifica as medidas de diversão. Estas, em parte, são substancialmente medidas de segurança, circunstância que permite ver no regime jurídico destas sanções um regime subsidiário para as medidas de diversão na execução.

Concretamente, o CP prevê as medidas de diversão de internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis e de suspensão da execução da pena, medida que sujeita o delinquente ao cumprimento de certos deveres e à vigilância tutelar de trabalhadores sociais especializados.

O internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis tem lugar sempre que: o condenado seja considerado criminalmente perigoso, em virtude da anomalia psíquica; o internamento seja proporcional à gravidade dos crimes que se esperam vir a ser cometidos e ao grau de perigo existente no caso; e a privação total da liberdade se revele necessária do ponto de vista da prevenção da perigosidade do delinquente — arts. 104.º, n.º 1, e 91.º, n.º 1.

A decisão de suspensão da execução da pena é tomada sempre que o internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis não respeitar o princípio da proporcionalidade ou o princípio da necessidade. Ou seja, relativamente a este último, suspender-se-á a execução da pena sempre que esta medida menos gravosa for tida como adequada e suficiente, do ponto de vista da prevenção da perigosidade do delinquente — arts. 105.º, n.º 1, 91.º, n.º 1, e 99.º, n.º 1. A medida prevista no art. 105.º tem ainda lugar quando a anomalia psíquica não torna o portador criminalmente perigoso, situação em que já não podemos caracterizar a medida de diversão como medida de segurança.

A duração máxima do internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis e a da suspensão da execução da pena coincide com o tempo de duração da pena ou com o tempo de privação da liberdade que ainda falte cumprir, consoante a anomalia surja antes ou depois da execução da pena ter tido início.

1.2.2. Se a incapacidade de apreensão do sentido da pena, decorrente da anomalia psíquica sobrevinda depois da prática do crime, cessar antes de ter expirado o prazo máximo de duração da medida de diversão coloca-se a questão atinente à execução da pena que agora pode ser iniciada ou retomada.

A questão foi resolvida, através da introdução do princípio do vicariato, ou seja: a medida de diversão é descontada na pena; o eventual resto de pena não será executado efectivamente, antes sendo concedida, de imediato, a liberdade condicional, se a esta solução não se opuserem as razões de prevenção especial de socialização e/ou os limiares mínimos de prevenção geral positiva — arts. 104.º, n.º 2, e 105.º, n.º 3. Esta última disposição contempla ainda a hipótese do cumprimento efectivo do resto da pena ser substituído pela suspensão da pena, se as razões de prevenção especial e de prevenção geral que obstam à concessão da liberdade condicional não se opuserem à aplicação desta pena de substituição.

2. Estas respostas, no entanto, pressupuseram o equacionar de aspectos bem distintos daqueles que mencionámos na nota introdutória.

Pressupuseram, por exemplo, a abordagem da problemática da anomalia psíquica sobrevinda depois da prática do crime no contexto das finalidades da pena, para concluirmos que da capacidade de compreensão da pena depende a

concretização das finalidades que hoje lhe são apontadas, sejam elas perspectivadas de um modo absoluto ou relativo. E se desta conclusão não resultou algo caracterizador do direito penal português, já o mesmo não poderá ser dito se atendermos também ao regime da execução da pena posterior à cessação da incapacidade.

Na verdade, num ordenamento jurídico — como o português, diferentemente do italiano e do espanhol —, onde vale a regra do desconto da medida de diversão aplicada na sequência da decisão de diferimento ou interrupção da execução é, indubitavelmente, questionado o carácter retributivo da pena, vindo a acentuação do carácter preventivo desta sanção a destacar-se ainda mais se a execução efectiva do eventual resto de pena ocorrer somente quando tal for imposto por razões de ordem preventiva, como vimos suceder no direito português.

Mas, para além desta reafirmação do carácter unilateral do princípio da culpa e da acentuação do princípio político-criminal da necessidade de pena, destaque-se que a admissibilidade do desconto vem a ser, afinal, o reconhecimento da fungibilidade da pena e da medida de segurança, à qual não é indiferente a circunstância de à execução destas sanções ser apontada a mesma finalidade, a de prevenção especial de socialização, o que subverte, indiscutivelmente, os pressupostos iniciais das soluções dualistas de reacção contra o crime.

E com isto tocamos um outro tema que esteve sempre subjacente às nossas considerações: o do monismo ou do dualismo do sistema das reacções criminais, quer enquanto as expressões significam que o sistema conhece um só tipo de sanção ou que ele é integrado por penas e por medidas de segurança, respectivamente, quer enquanto delas decorre que à prática de um crime corresponde a aplicação de uma só sanção ou a aplicação cumulativa de uma pena e de uma medida de segurança, respectivamente.

Quanto ao primeiro sentido, o problema evidenciou-se, relativamente ao art. 103.º, na medida em que concluímos, a partir dele, pela irrelevância da perigosidade pré-delitual, nota característica do CP de 1982 a dar cumprimento ao princípio da legalidade consagrado no art. 29.º da CRP, bem como, genericamente, ao mandamento político-criminal da intervenção do direito penal como *ultima ratio* da política social. Quanto aos arts. 104.º e 105.º, são eles expressão de um sistema dualista, uma vez que prevêem a aplicação de medidas de segurança ao imputável portador de uma anomalia psíquica com o efeito de o tornar incapaz de apreender o sentido da pena. Medidas que, muito embora encontrem justificação imediata num estado de perigosidade pré-delitual, visam, em última instância, a execução da pena aplicada ao delinquente, o que afasta a violação do conteúdo de sentido do princípio da legalidade.

Mas também de monismo ou dualismo se tratou, e reportamo-nos agora ao outro sentido das expressões, quando, em face do disposto no art. 103.º e, con-

cretamente, em relação a uma das situações aí abrangidas, concluímos que ao delinquente de imputabilidade diminuída nunca é aplicada uma pena e uma medida de segurança, mas apenas uma destas sanções.

E com o exposto afirmamos que, afinal, o regime contido nos arts. 103.º, 104.º e 105.º do CP de 1982 não subverte o carácter monista do sistema português de reacções criminais, enquanto queremos dizer com isto que a um delinquente, pela prática de um crime, não são aplicadas, cumulativamente, uma pena e uma medida de segurança, destacando-se, contudo, que esta última não é aplicada somente a inimputáveis.

No entanto, não devemos escamotear o outro lado das coisas: o carácter monista do nosso sistema é afirmado à custa do alargamento dos casos de inimputabilidade; alargamento que ocorre quer quando consideramos inimputável o delinquente de «imputabilidade diminuída», quer quando também cai naquele grupo o delinquente imputável incorrigível (art. 20.º, n.ºs 2 e 3). E isto não discutindo a natureza jurídica da pena relativamente indeterminada.

E se aquela solução do direito penal português é de aprovar, indiscutivelmente, por referência às críticas feitas ao sistema em relação ao qual surge como alternativa — o sistema dualista —, já temos algumas dúvidas se considerarmos que ela arrasta o desaparecimento dos efeitos decorrentes de uma condenação em pena. Contrariamente, o princípio do vicariato — solução equivalente ao art. 20.º, n.ºs 2 e 3, do CP, enquanto se opõe ao sistema dualista — permite tais efeitos, uma vez que a via monista reporta-se estritamente à fase da execução havendo, mesmo aí, um ressurgimento da distinção entre pena e medida de segurança. No momento da condenação há um esclarecimento da comunidade: ao delinquente é aplicada uma pena, porque praticou um facto ilícito típico com culpa e uma medida de segurança por ser criminalmente perigoso.

É importante ser considerada esta distinção, porque no caso sempre se tratará de um imputável, tratado, no entanto, como inimputável e, portanto, de alguém que violou uma norma cuja validade necessita de ser reafirmada. Poder-se-á dizer, então, que a reafirmação da validade da norma violada ocorrerá através da aplicação de uma medida de segurança e da respectiva execução, o que acarreta, contudo, o abandono da exclusividade da prevenção especial em matéria de finalidades desta reacção criminal. Só que, não significará isto a descaracterização da medida de segurança? Não significará isto, o reverso de uma medalha, cujo verso alberga o pensamento daqueles que um dia pensaram ter solucionado o problema insolúvel da quadratura do círculo através da consideração da perigosidade como elemento da culpa (Engisch)?

Porém, ter-se-á que concluir que da medida de segurança é esperada a satisfação das exigências de prevenção geral de integração se se aceitar que, afi-

nal, o n.º 3 do art. 20.º aponta para uma outra ideia de inimputabilidade, não se reduzindo, portanto, a uma via pragmática de, com o abandono da dupla via, serem satisfeitas as exigências preventivas a que a pena não dá resposta. Ou seja, e nas palavras de Eduardo Correia, transitar-se-ia, «desta maneira, de uma concepção — ligada ao fundamento ético da punição — em que o poder de avaliar a ilicitude do facto e de agir de harmonia com essa avaliação é pressuposto básico, para uma ideia de inimputabilidade baseada em não ser susceptível de intimidação ou de se reinserir socialmente, através de penas», o que significaria ainda, segundo o mesmo Autor, «a transição de um direito penal, baseado na culpa, para um direito penal de segurança, cura ou tratamento, em suma, um direito de defesa social».

Mas será necessária aquela renúncia ao fundamento ético da punição, sendo certo que, no fundo, esta posição acaba por ser uma outra forma de fuga aos inconvenientes do dualismo? Não serão estes satisfatoriamente superáveis através do princípio do vicariato? Qualquer resposta a dar deverá atender a dois vectores essenciais: de um lado, à evolução no sentido da legalidade processual e substantiva das medidas de segurança, o que afasta os receios que no passado justificavam o carácter excepcional desta reacção criminal; de outro, dever-se-á atender ao princípio da culpa, pois uma referência a este continua a colocar, pertinentemente, a questão de saber se, afinal, a protecção que aquele princípio garante não é só aparente num sistema que permite, para além da pena, a aplicação de uma medida de segurança.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

- Actas* — *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal*  
*AE* — *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*  
*AnDP* — *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*  
*BFD* — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*  
*BMJ* — *Boletim do Ministério da Justiça*  
*CJ* — *Colectânea de Jurisprudência*  
*CP* — *Código Penal*  
*CPP* — *Código de Processo Penal*  
*CRP* — *Constituição da República Portuguesa*  
*DocP* — *Doctrina Penale*  
*IndP* — *L'Indice Penale*  
*JCrim* — *The Journal of Criminal Law & Criminology*  
*JR* — *Juristische Rundschau*  
*JuS* — *Juristische Schulung*  
*JZ* — *Juristenzeitung*  
*NJW* — *Neue Juristische Wochenschrift*  
*Nm.* — *Número marginal*  
*NStZ* — *Neue Zeitschrift für Strafrecht*  
*PCC* — *Pareceres da Câmara Corporativa*  
*Projecto de 63* — *Projecto da Parte Geral do Código Penal*  
*Projecto de 91* — *Projecto de Revisão do Código Penal*  
*RDE* — *Revista de Direito e Economia*  
*RDES* — *Revista de Direito e Estudos Sociais*  
*RDP* — *Rivista di Diritto Penitenziario*  
*RDPC* — *Revista de Direito Penal e Criminologia*  
*RIDP* — *Revue Internationale de Droit Pénal*  
*RitalDP* — *Rivista Italiana di Diritto Penale*  
*RitalDPP* — *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*  
*RLJ* — *Revista de Legislação e de Jurisprudência*  
*ROA* — *Revista da Ordem dos Advogados*

- RP — Reforma Prisional  
 RPCC — Revista Portuguesa de Ciência Criminal  
 RPenal — Reforma Penal  
 RScCrim — Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé  
 SchwZStr — Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht  
 ZfStrVo — Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe  
 ZStW — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## BIBLIOGRAFIA

- ACTAS das Sessões da Comissão Revisora da Parte Geral do Código Penal, *BMJ*, n.º 140, 143 e 152.
- ACTAS das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial, Lisboa, 1979.
- ACTES du Colloque (Dejudiciarisation-Diversion-Mediation) tenu à Tokyo, 1983, in *RIDP*, 1983.
- ALESSANDRI, A., «Pena e infermità», *RitalDPP*, 1976, p. 277.
- ALTERNATIV-Entwurf eines Strafgesetzbuches, *Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966.
- ANCEL, Marc, *La Défense Sociale Nouvelle*, Paris, 1954.
- , «La position des législations modernes en face du problème des délinquants mentalement anormaux», in *Los Delincuentes Mentalmente Anormales*.
- , *Les Mesures de Sureté en Matière Criminelle*, 1950.
- , «Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado», *AnDP*, 1956, p. 443.
- ANDENAES, J., «General Prevention Revisited: Research and Policy Implications», *JCrim*, 1975, p. 338.
- ANDRADE, Costa, «Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)», in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1988, p. 317.
- , *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra, 1990.
- , «O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia», in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa, 1983, p. 185.
- ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, reimpressão, Coimbra, 1987.
- BACIGALUPO, E., «Significación y Perspectivas de la Oposición 'Derecho Penal-Politica Criminal', *RIDP*, 1977, p. 15.
- BARATA, A., «Criminologia Critica y Politica Penal Alternativa», *RIDP*, 1978, p. 43.
- BARREIRO, J., *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, Madrid, 1976.
- BARREIROS, J. António, *Processo Penal-1*, Coimbra, 1981.
- BERISTAIN, A., *Medidas Penales en Derecho Contemporaneo*, Madrid, 1974.
- BERNADET/DARMSTÄDTER/VAILLANT, «Portée de la jurisprudence européenne sur l'interne-ment psychiatrique en France», in *RScCrim*, 1988, p. 255.

- BETTIOL, G., *Direito Penal. Parte Geral*, tomo V, Coimbra, 1970.
- , «In Tema di Unificazione di Pena e Misura di Sicurezza», in *RitalDP*, 1942, p. 213.
- BETTIOL, G./MANTOVANI, P., *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1986.
- BRITO, Sousa e, «A Lei Penal na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, Coimbra, p. 197.
- BRUNS, H.-J., *Strafzumessungsrecht*, Köln/Berlin, 1974.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 1983.
- CALDARERA, U., «L'Art 148 del Codice Penale», *RDP*, 1939, p.1993.
- CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, München, 1986.
- CALLON, C., «Las Medidas de Seguridad», *AnDP*, 1956, p. 9.
- CANNAT, P., «Le système pénitentiaire du Portugal», in *Les Grands Systèmes Pénitentiaires Actuels*.
- CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, G./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1993.
- CAPPELLI, I., «Manicomio Giudiziario», in *Enciclopedia del Diritto*, XXV, p. 427.
- CARLOS, Palma, «Medidas de segurança», *Jornal do Foro*, 1956, p. 18.
- , *Os Novos Aspectos do Direito Penal*, Lisboa, 1934.
- CARVALHO, Taipa de, «Problemas de Prognose Criminal», in *BFD*, LIV, p. 45.
- , *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, 1990.
- CONDE, Muñoz, «La Resocialización del Delincuente. Análisis y Crítica de un Mito», *DocP*, 1979, p. 625.
- , «Monismo e dualismo en el Derecho Penal Español», *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, 1983, p. 215.
- , «Vorschlag eines neuen Massregelsystems», in *Strafrechtspolitik*, Frankfurt am Main, 1987, p. 117.
- CONDE, Muñoz/PUIG, Mir, «Aditamentos», *Tratado de Derecho Penal* de H.-H. Jescheck, I e II, Barcelona, 1982.
- CORDERO, F., *Procedura Penal*, Milano, 1979.
- CORREIA, Eduardo, «A doutrina da culpa na formação da personalidade», *RDES*, 1945-1946, p. 24.
- , «A Influência de V. Liszt sobre a Reforma Penal Portuguesa», sep. do *BFD*, XLVI, 1971.
- , «Ainda sobre o problema da 'ideologia de tratamento': algumas palavras sobre o 'serviço social de justiça', in *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*, Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 7.
- , «As Grandes Linhas da Reforma Penal», in *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, p. 10.
- , *Direito Criminal*, I (com a colaboração de Figueiredo Dias), reimpressão, Coimbra, 1971.
- , *Direito Criminal*, Lições ao Curso do IV ano jurídico, coligidas por Pereira Coelho e Rosado Coutinho, Coimbra, 1949.
- , *Prof. Dr. José Beza dos Santos*, 1973.
- , *Projecto da Parte Geral do Código Penal*, 1963.
- , «Relatório do Projecto da Parte Geral do Código Penal», *BMJ*, 127, p. 17.

- CORREIA, E./RODRIGUES, A./COSTA, A., *Direito Criminal — III (1)*, Coimbra, 1980.
- COSTA/Almeida, «Passado, Presente e Futuro da Liberdade Condicional no Direito Português», sep. do *BFD*, LXV, 1989.
- COSTA, Faria, «Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português», *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, 1983, p. 351.
- , «Diversão (Desjudicialização) e Mediação: Que Rumos?», sep. do *BFD*, LXI, 1985.
- , *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra, 1992.
- CREMONA, G., «La Sospensione del Corso della Pena per Sopravvenuta Infermità Psichica Durante l'Esecuzione», *RDP*, 1938, p. 327.
- CREMONA, J., «La protection de l'individu au regard des actes de l'administration: la contribution de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Documentação e Direito Comparado*, *BMJ*, 1987, p. 461.
- DI TULLIO, B., *Principi di Criminologia general e clinica*, Roma, 5.ª ed.
- DIAS, Figueiredo, «A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Criminoso», *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, 1981.
- , «A Reforma do Direito Penal Português. Princípios e orientações fundamentais», sep. do *BFD*, XLVIII, 1972.
- , «Carrara e l'Attuale Paradigma Penale — Una Lettura Alla Luce Dell'Esperienza Portoghese», *RitalDPP*, 1988, p. 788.
- , «Culpa e Personalidade. Para uma Reconstrução Ético-Jurídica do Conceito de Culpa em Direito Penal», *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, Coimbra, 1983.
- , *Direito Penal 2 (Parte geral. As consequências jurídicas do crime)*, Coimbra, 1988.
- , *Direito Processual Penal*, reimpressão, Coimbra, 1984.
- , *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1988-9.
- , «Lei Criminal e Controlo da Criminalidade», *ROA*, 1976, p. 69.
- , *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, Coimbra, 1983.
- , *O Código de Processo Penal Português Dois Anos Depois*, 1989, a publicar.
- , «O Contributo das Ciências Humanas para a Elaboração e Aplicação do Conceito de Responsabilidade Penal», in *O Direito Penal em Acção numa Sociedade em Evolução*, Cadernos do CEJ, 1988, p.143.
- , «O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português, no Contexto dos Modelos da Política Criminal», *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 782.
- , «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro», *ROA*, 1983, p. 5.
- , «Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português — Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, p. 189.
- , «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa», in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa, 1983, p. 43.
- , «Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal», in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1988, p. 1.

- DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, 1984.
- DIAS, Figueiredo/MONTEIRO, Sinde, «Responsabilidade Médica em Portugal», sep. do *BMJ*, 1984.
- DIAS, Silva, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra, 1986.
- ÉTUDES sur la responsabilité Pénale et le Traitement Psychiatrique des Délinquants Malades Mentaux, Septième Colloque Criminologique, Conseil de l'Europe, 1986.
- EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914.
- FARINHA, Pinheiro, «Problemas do Direito Estradal», *Scientia Iuridica*, 1956, p. 177.
- FAVEIRO, Vitor, *Prevenção Criminal. Medidas de segurança*, Coimbra, 1952.
- FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Portuguez*, III, Lisboa, 1856.
- FERREIRA, Cavaleiro de, *A Personalidade do Delinquente na Repressão e Prevenção*, Lisboa.
- , *Lições de Direito Penal*, I, Lisboa, 1987.
- , *Lições de Direito Penal*, II, Lisboa, 1989.
- , «Os criminosos de difícil correção no dec. 26.643», *O Direito*, t. LXX, 1938, p. 130.
- FERRI, E., «Les Mesures de Sureté et les Peines», *RIDP*, 1925, p. 175.
- , *Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano per i Delitti* (Libro I), 1921.
- FINZI, C., «Las Medidas de Seguridad y Corrección en Alemania según la Ley del 24/11/1933, el Proyecto de 1962. El Proyecto 'Alternativo' y la Primera y Segunda Ley de Reforma», *Nuevo Pensamiento Penal*, 1976, n.º 10/11, p. 183.
- FOUCAULT, M., *Vigiar e Punir*, Petrópolis, 1987.
- FRAGOSO, H. C., «Sistema do Duplo Binário: Vida e Morte», *RDPC*, 1981, p. 5.
- FREIRE, Mello, *Código Criminal. Intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas*, Coimbra, 1884.
- GOFFMAN, E., *Asiles — études sur la condition sociale des malades mentaux*, Paris, 1968.
- GONÇALVES, Maia, *Código Penal Português*, Coimbra, 1982.
- , *Código Penal Português Anotado e Comentado*, Coimbra, 1992.
- GONÇALVES, Manuel, «A Inimputabilidade Penal e o Código de Processo Penal de 1987», *Revista do Ministério Público*, Ano 11.º, p. 189.
- GRAVEN, J., *Les Peines et les Mesures du Droit Pénal Suisse*, Padova, 1952.
- HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, III, Berlin/New York, 1985.
- HASSEMER, W., «Fines de la Pena en el Derecho Penal de Orientación Científico-Social», in *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982, p. 117.
- , *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, München, 1974.
- , «Strafzumessung, Strafvollzug und die 'Gesamte Strafrechtswissenschaft'», in *Die Strafvollzugsreform — Eine kritische Bestandsaufnahme*, Karlsruhe, 1971, p. 53.
- HENRIQUES, L./SANTOS, S., *O Código Penal de 1982*, I, Lisboa, 1986.
- HORN, E., «Neuerung der Kriminalpolitik im deutschen StGB 1975», *ZStW*, 1977, p. 553.
- HULSMANN, L./BERNAT DE CELIS, J., *Peines Perdues. Le Système Pénal en Question*, Paris, 1982.
- HÜNERFELD, P., «A Pequena Criminalidade e o Processo Penal», *RDE*, 1978, p. 25.
- , *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn, 1971.

- JAKOBS, G., «Schuld und Prävention», *Recht und Staat*, 452/453, 1976.
- JESCHECK, H. H., «El Marco Internacional de la Reforma Penal», *DocP*, 1979, p. 465.
- , «La Crisis de la Política Criminal», *DocP*, 1980, p. 45.
- , *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988.
- , «Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada», *AnDP*, 1986, p. 9.
- , «Principes et Solutions de la Politique Criminelle dans la Réforme Pénale Allemande et Portugaise», *BFD, Estudos «In Memoriam» do Prof. Beza dos Santos*, 1966.
- , *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, I e II (trad. de Mir Puig e Muñoz Conde), Barcelona, 1982.
- JORDÃO, Levy-Maria, *Código Penal Portuguez — Relatório da Comissão e Projecto da Comissão*, 1861.
- , *O Fundamento do Direito de Punir*, Coimbra, 1853.
- JUNG, H., «Fortentwicklung des strafrechtlichen Sanktionssystems», *JuS*, 1986, p. 741.
- KAISER, Günther, *Befinden sich die Kriminalrechtlichen Maßregel in der Krise?*, Heidelberg, 1990.
- KAUFMANN, H., *Ejecución Penal y Terapia Social*, Buenos Aires, 1979.
- KOSTORIS, R., *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, I (coordinato da Mario Chia-vario), Torino, 1990.
- LEVASSEUR, G., *Les Délinquants Anormaux Mentaux*, Paris, 1959.
- LISZT, F. v., *Traité de Droit Pénal Allemand*, I, Paris, 1911.
- MACHADO, Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1989.
- MANTOVANI, F., *Diritto Penale (Parte General)*, Padova, 1992.
- MARQUARDT, H., *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, Berlin, 1972.
- MAUL, H./LAUVEN, D., «Die Vollstreckungsreihenfolge von Strafe und Maßregel gemäß § 67.º II StGB nach der neueren Rechtsprechung des BGH», *NSStZ*, 1986, p. 397.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1984.
- MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1987.
- MÜLLER-DIETZ, H., «Die Reihenfolge der Vollstreckung von Strafen und Maßregeln aus verschiedenen Urteilen», *NJW*, 1980, p. 2789.
- , «Freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen in Österreich», *ZfStrVo*, 1988, p. 295.
- , «Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63.º StGB», *NSStZ*, 1983, p. 145.
- , «Schuld und Strafvollzug», in *Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmen Vollzugs*, 1987.
- , «Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung», *JR*, 1987, p. 45.
- MUSCO, E., *La Misura di Sicurezza Detentiva — Profili Storici e Costituzionali*, Milano, 1978.
- NEVES, Castanheira, «O Princípio da Legalidade Criminal — O seu problema jurídico e o seu critério dogmático», *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 307.
- , *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.
- NOVELLI, G., *RDP*, 1934, p. 105.
- NUVOLONE, P., «Misure di Prevenzione e Misura di Sicurezza», in *Enciclopedia del Diritto*, XXVI, p. 632.

- OSÓRIO, Luís, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, II e VI, Coimbra, 1932 e 1934.
- , *Notas ao Código Penal Português*, I, Coimbra, 1923.
- OVERBECK, A. v., «Le norme generali del Progetto di Codici penale italiano sulle misura di sicurezza considerate anche in rapporto alla pena», in *Il Progetto Rocco nel Pensiero Giuridico Contemporaneo*, 1930, p. 143.
- PADOVANI, T., «Presunzione di pericolosità e presunzione di infermità nell'art. 148 c.p.», *RitalDPP*, 1979, p. 744.
- PAGLIARO, A., «Aspetti Giuridici della Prevenzione», *IndP*, 1976, p. 5.
- , «La Riforma delle Sanzioni Penali tra Teoria e Prassi», *RitalDPP*, 1979, p. 1189.
- PALLIN, F., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 21.º-27.º, Wien, 1984.
- PARECER n.º 54/X da Câmara Corporativa — Bases da reforma penal, *Pareceres da Câmara Corporativa (X Legislatura)*, II, 1974, p. 291.
- PATINI, E., «Lo spirito e la lettera dell'art. 148 del vigente Codice Penale», *RDP*, 1934, p. 103.
- PEÑA, Luzon, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Madrid, 1979.
- , «Prevención General y Psicoanálisis», *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982, p. 141.
- PINTO, Maria da Glória, «Princípio da igualdade. Fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido?», sep. *BMJ*, 358, 1987.
- PINTO, R./FERREIRA, A., *Organização Prisional*, Coimbra, 1955.
- PINTO, Sousa, *Lições de Direito Criminal Portugez*, Coimbra, 1861.
- POLÓNIO, P., *Psiquiatria-Medicina da Pessoa*, 1978.
- POROT, A./BARDENAT, Ch., *Anormaux et Malades Mentaux devant la Justice Pénale*, Paris, 1960.
- PRINS, A., *La Défense Sociale et les Transformations du Droit Pénal*, 1910.
- PROJECTO de 91, *Revisão do Código Penal*, apresentado por uma Comissão presidida pelo Prof. Doutor Figueiredo Dias.
- PUIG, Mir, *Derecho Penal (Parte General. Fundamentos e Teoria del Delito)*, Barcelona, 1985.
- , «Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva», *AnDP*, 1986, p. 49.
- , *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- , «La Nueva Constitución Española y el Derecho Penal», *DocP*, 1979, p. 525.
- RAMOS, R., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1988.
- RELATÓRIO da Proposta de lei da Nova Reforma Penal, *RLJ*, ano 18.º, p. 209.
- ROCHA, Lopes, «O Novo Código Penal Português — Algumas considerações sobre o sistema monista ou dualista das reacções criminais», in *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, p. 32.
- RODRIGUES, Anabela, *A Fase de Execução das Penas e Medidas de Segurança no Direito Português*, sep. *BMJ*, 380, 1988.
- , «A Pena Relativamente Indeterminada na Perspectiva da Reinserção Social do Recluso», in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Coimbra, 1983, p. 287.
- , *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, 1982.

- RODRIGUES, Anabela, «Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português», *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 21.
- RODRIGUES, Cunha, «Sobre o Princípio da Igualdade de Armas», *RPCC*, 1991, p. 77.
- ROMANO, M./GRASSO, G., *Commentario Sistematico del Codice Penale*, II, Milano, 1990.
- ROSAL, Cobo del/ANTON, Vives, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1987.
- ROXIN, C., «Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa», *BFD*, LIX, 1983, p. 1.
- , «Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad», in *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid, 1981, p. 187.
- , «Culpa e responsabilidade», *RPCC*, 1991, p. 503.
- , «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid, 1981, p. 147.
- , «Franz von Liszt e a Concepção Político-Criminal do Projecto Alternativo», in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, 1986, p. 49.
- , *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Sevilla.
- , «La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», in *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid, 1981, p. 93.
- , «Sentido e Limites da Pena Estatal», in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, 1986, p. 15.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 1992.
- , *Strafverfahrensrecht*, München, 1987.
- SÁ, Oliveira, «No momento actual, e sob o ponto de vista médico-legal prático, justifica-se a separação entre psicopatas inimputáveis e 'não inimputáveis'», *RDES*, 1968, p. 273.
- SANTOS, Beleza dos, «A falta de integridade mental e a imputabilidade no direito criminal português», *RLJ*, ano 69.º, p. 369.
- , «Delinquentes habituais, vadios e equiparados no direito português», *RLJ*, ano 70.º, p. 337.
- , *Direito Criminal (Delinquentes perigosos)*, Lições proferidas aos alunos do 6.º ano de Direito, Coimbra, 1950-51.
- , *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, Coimbra.
- , «Medidas de segurança e prescrição», *RLJ*, ano 77.º, p. 321.
- , *Nova Organização Prisional Portuguesa (Alguns princípios e realizações)*, Coimbra, 1947.
- , *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-estrutura-resultado e sugestões)*, Coimbra, 1953.
- , «Prefácio» à obra de R. Pinto/A. Ferreira, *Organização Prisional*, 1955, p. V.
- SCHEFF, Th., *Being Mentally Ill*, Chicago/New York, 1971.
- SCHMITT, R., «Was hat die Strafrechtsreform von der Zweispurigkeit übrig gelassen?», *Festschrift für T. Würtzberger zum 70. Geburtstag*, p. 277.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1985.
- , *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1988.
- SCHULTZ, H., «Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962», *JZ*, 1966, p. 113.
- STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit Pénal Général*, Paris, 1984.

- STOOS, C., «Die sichernden Massnahmen des deutschen Strafgesetzentwurfes», *SchwZStr*, 1925, p. 23.
- , *Exposé des Motifs de L'Avant-Project de Code Pénal Suisse. Partie Générale*, 1893.
- STRATENWERTH, G., *Derecho Penal — Parte General* (trad. 2.ª ed. alemã), Madrid.
- , *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, München, 3.ª ed.
- SZASZ, Th., «La classification psychiatrique comme moyen de contraindre l'individu», in *Idéologie et Folie*, 1976, p. 232.
- , «Le mythe de la maladie mentale», in *Idéologie et Folie*, 1976, p. 21.
- TRECHSEL, S., *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurz-kommentar*, Zürich, 1989.
- VALLILLO, E., «La Computabilità nell'Espiazione di Pena del Periodo d'Internamento Manicomiale a Procedimento Sospeso», *RDP*, 1937, p. 572.
- VOLCKART, B., *Maßregelvollzug — Das Recht des Vollzuges der Unterbringung nach §§ 63.º, 64.º StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt*, Darmstadt/Neuwied, 1984.
- WEIZEL, H., *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, 1956.

## ÍNDICE

	Págs.
INTRODUÇÃO.....	9

## CAPÍTULO I

O INTERNAMENTO DE IMPUTÁVEIS  
PORTADORES DE ANOMALIA PSÍQUICA CONTEMPORÂNEA  
DA PRÁTICA DO CRIME

1. O art. 103.º do CP .....	13
1.1. Âmbito de aplicação.....	13
1.2. Regime e justificação político-criminal do internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis.....	17
2. Reflexos substantivos do internamento de imputáveis em estabelecimento destinado a inimputáveis .....	21
2.1. A questão no direito penal português a partir da RP de 1936.....	22
2.1.1. A natureza jurídica da prorrogação da pena .....	25
2.1.2. A natureza jurídica da prorrogação da pena no contexto do monismo e dualismo das reacções criminais .....	27
2.2. A questão no contexto das disposições do CP de 1982.....	30
2.2.1. Imputabilidade diminuída – solução monista do direito português .....	31

## CAPÍTULO II

## A CAPACIDADE DE COMPREENSÃO DA PENA

1. A incapacidade de compreensão da pena como critério explicativo dos arts. 104.º e 105.º do CP .....	37
--	----

	Págs.
2. A capacidade de compreensão da pena .....	40
2.1. Incapacidade de compreensão da pena .....	41
2.1.1. Elemento biopsicológico .....	43
2.1.2. O efeito da anomalia psíquica .....	46
2.2. A capacidade de compreensão da pena no contexto das finalidades desta .....	47
2.2.1. A pena como retribuição .....	47
2.2.2. A prevenção especial .....	49
2.2.3. A prevenção geral de intimidação .....	51
2.2.4. A prevenção geral de integração .....	52
3. Pressupostos da declaração de incapacidade de compreensão da pena no direito português .....	56
3.1. O direito penal português anterior ao CP de 1982 .....	58
3.1.1. Os efeitos processuais da anomalia psíquica posterior à prática do crime .....	63
3.2. O direito penal positivo português actual .....	67
3.2.1. As finalidades apontadas à execução da pena no ordenamento jurídico português .....	71
3.2.2. Os arts. 20.º, n.º 3, 72.º, n.º 2, e 76.º, n.º 1, do CP .....	73

## CAPÍTULO III

## MEDIDAS DE DIVERSÃO NA EXECUÇÃO DA PENA

1. Justificação das medidas de diversão .....	79
1.1. As medidas de diversão na execução – conteúdo .....	83
2. As medidas de diversão consagradas nos arts. 104.º e 105.º do CP .....	85
2.1. Pressupostos .....	87
2.2. Conteúdo .....	96
2.3. Duração .....	101
2.3.1. Legalidade processual e substantiva das medidas de segurança – evolução .....	106

	Págs.
3. As medidas de diversão no contexto do ordenamento jurídico-penal português .....	110
3.1. As medidas de segurança pré-delitais .....	110
3.1.1. O internamento compulsivo de indivíduos criminalmente perigosos em virtude de anomalia psíquica .....	115
3.2. O monismo ou o dualismo das reacções criminais, por referência aos arts. 104.º e 105.º .....	117
3.2.1. A solução monista do direito português — breve referência .....	120

## CAPÍTULO IV

O PRINCÍPIO DO VICARIATO NA EXECUÇÃO DA PENA  
DOS IMPUTÁVEIS PORTADORES DE ANOMALIA PSÍQUICA  
POSTERIOR À PRÁTICA DO CRIME

1. O regime dos arts. 104.º e 105.º .....	123
1.1. O princípio do vicariato .....	124
1.2. Justificação do princípio do vicariato .....	127
2. Os arts. 104.º, n.º 2, e 105.º, n.º 3, do CP .....	132
2.1. Algumas notas conclusivas sobre os arts. 104.º, n.º 2, e 105.º, n.º 3 .....	138
2.2. Valoração crítica das soluções contidas nos arts. 104.º e 105.º .....	140
2.2.1. O vicariato e o sistema dualista de reacções criminais .....	140
2.2.2. O vicariato e o princípio da culpa .....	147
2.2.3. O vicariato e o princípio da igualdade .....	149
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	153
SIGLAS E ABREVIATURAS .....	159
BIBLIOGRAFIA .....	161