

## BIFURCAÇÃO DA MEDIDA DE DIREITO CRIMINAL

Pela DR.<sup>a</sup> MARIA M. CARVALHO ALVES

### 1) — **Luta contra a delinquência : possibilidades**

Coordenar a prevenção e repressão na luta contra a delinquência, é o problema fundamental da moderna política criminal.

Este aspecto duplo da actividade, realiza-se através de medidas de tutela jurídica de espécie diferente.

Umavez o direito dirige-se ao cidadão ordenando-lhe certa conduta, e repreende os que se não conformarem com o seu imperativo. Outras vezes ordena que se apliquem certos preceitos, sem contudo exprimir nessa aplicação um juízo de reprovação por uma desobediência.

No primeiro caso, porque se verificou uma infracção ao imperativo da lei, há necessidade de culpa para que lhe seja aplicada a sanção que a lei prescreve. Nada tem que ver a segunda medida com a culpa do agente, porventura até se trata de um inimputável, insusceptível de culpa.

Independentemente da ameaça, sujeita o agente à sua aplicação.

Estas medidas que têm um fim último comum de defesa social, possuem também fins específicos. As primeiras propõem-se reparar as consequências da infracção da lei, reintegrando o direito violado.

Reprimir pressupõe acto cometido. Reprovar subentende conduta criminosa. Para haver lugar à reprovação é necessária liberdade de querer na pessoa em que há-de cair esse juízo de demérito.

Por isso se exige que o sujeito seja capaz de suportar a sua aplicação, por imputável.

As segundas olham o futuro, tentando obstar a que o crime se

produza, ou uma vez produzido se repita. E assim temos as medidas sancionatórias e as medidas de tutela preventiva.

Dentro do direito criminal às primeiras pertencem as penas, e às segundas as medidas de segurança.

## 2) — Como se realiza a bifurcação

Parece por isso preferível a bifurcação (*Zweispurigkeit*) da sanção, isto é, a divisão da medida de direito criminal em dois ramos, que embora tenham a directiva comum da defesa social, a realizam por caminhos diferentes.

Que as penas sejam uma reacção à culpa do sujeito, e que as medidas de segurança se deixem aplicar apenas quando o agente revele perigosidade e para o seu combate. Logo, que as medidas de segurança se apliquem apenas quando as penas são inaplicáveis ou quando estas são aplicáveis, mas por si só não são suficientes para combater eficazmente o perigo da prática de novos crimes por parte de certos delinquentes. Daqui o papel subsidiário da medida de segurança em relação à pena.

### A) Perigosidade e culpa

A bifurcação da sanção atende a estas diferenças fundamentais e tem a vantagem de respeitar toda a história da medida da tutela penal (1).

A medida de direito criminal está assim bifurcada nas penas — como reacção à culpa do sujeito — e nas medidas de segurança — em obediência à perigosidade do agente e em ordem ao seu combate.

Daí que as medidas de segurança se apliquem quando as penas são inaplicáveis ou insuficientes para combater eficazmente o perigo de novos crimes por parte de certos delinquentes.

Mas pode perguntar-se :

Será possível logicamente reunir no mesmo direito aquele direito penal «*strictu sensu*» e o direito das medidas de segurança ?

---

(1) *Flandrtrak* — Die Personlichen Sicherungsmittel im Srafrecht und im Srafverfahren.

Repelir-se-ão um ao outro por basilaramente diferentes, ou aceitarão que se reunam num mesmo sistema?

Por outras palavras: serão harmónicos sistemáticamente estes dois conceitos?

O puro rigor dos princípios devia conduzir-nos à negativa.

O direito penal é o direito típico das penas, e as penas são uma resposta à culpa do agente revelada no crime praticado.

O direito das medidas de segurança representa uma outra possibilidade de visão ideal, assente essencialmente na personalidade do criminoso.

Estarão assim distanciados estes conceitos, não sendo possível a sua reunião pela diferença básica de fundamentos?

Poderá parecer-nos assim à primeira vista, mas, aprofundando um pouco mais a realidade das coisas, poderemos observar que estes dois conceitos se interceptam e estão intimamente relacionados.

Em primeiro lugar o abstracto da perigosidade é na realidade a personalidade do delincente. Mas a noção da perigosidade não pode limitar-se ao aspecto naturalístico, e tem antes que ser integrada por um requisito normativo — referência ao crime — uma vez que o perigo consiste precisamente nessa prática.

«Uma noção meramente naturalística de perigosidade criminal» — como diz o sr. Dr. Cavaleiro de Ferreira (1) — «supõe uma noção correlativa de delito natural». «Se a perigosidade se definisse exclusivamente como um defeito orgânico ou psíquico, algo que, prescindindo inteiramente do normativismo legal, se apoiasse sòmente em dados naturais, deveriam ter as mesmas características os delitos prováveis, como seus produtos».

Além disso esta referência ao crime justifica-se por uma necessidade de respeito à liberdade individual, para que se não cometam injustiças.

Por outro lado, as modernas concepções da culpa permitem uma larga referência à personalidade do delincente, o que leva a que esta apareça no moderno direito criminal, simultâneamente como objecto da prevenção e da repressão.

---

(1) Dr. Cavaleiro de Ferreira — Personalidade do delincente na prevenção e na repressão.

Não sucedeu assim com as primitivas concepções da culpa, que apenas permitiam aquela referência de modo muito restrito.

A preocupação de salvaguardar a liberdade individual, princípio tão defendido pelas ideias liberais, constitui um dos principais obstáculos a que a personalidade do delinquente ocupasse um lugar de destaque na esfera repressiva.

Só o crime se considerava base segura para justificar a repressão, e até mesmo as medidas preventivas, pela sua indeterminação, se admitiram a custo.

Para não ultrapassar a justiça, deveria a actividade repressiva manter-se nos limites da culpa referida ao facto criminoso.

Uma vez ultrapassadas aquelas concepções políticas, havia também que mudar esta atitude.

Durante muito tempo se entendeu que a culpa era uma pura relação psíquica do agente com o facto ilícito praticado, relação essa que se esgotava nos conceitos de dolo e negligência.

Procurou-se dar uma unidade a estes conceitos, para daí extrair o conceito abstracto de culpa, e julgou encontrar-se essa unidade naquele nexó psicológico.

Esta concepção foi-se tornando inadequada por se reconhecer que o requisito de voluntariedade existia no dolo mas não na negligência.

Mais tarde, as observações de que a responsabilidade penal se graduava perante circunstâncias que ficavam fora daquele nexó psicológico referido, quer as que se referiam aos motivos de prática do crime, quer as que se relacionavam já com o carácter do agente, levaram a alargar o conceito de culpa para além do dolo e negligência.

Afirma-se agora que a relação entre o agente e o crime praticado é de carácter normativo.

Segundo esta concepção o facto doloso não é apenas um facto voluntário, mas um facto voluntário a que se não devia dar lugar; e o facto negligente não apenas um facto com evento involuntário, mas um facto com evento involuntário, a que se não devia dar lugar.

Assim, a conduta culposa caracterizar-se-á por uma conduta diversa da que se deveria ter tido.

Segundo esta concepção, há que distinguir o juízo de reprovação, que constitui a essência da culpa, dos pressupostos que formam o substracto da mesma culpa.

Quais sejam estes elementos, é problema a resolver por cada sistema legislativo.

Assim, segundo a maior parte das legislações modernas, constituem estes elementos a imputabilidade do sujeito, a existência do dolo ou negligência, e a ausência duma causa que exclua a culpa.

Esta segunda concepção, enquanto atende aos motivos determinantes do crime, permite uma maior referência ao criminoso.

Esta a evolução que demonstra a progressiva importância que à personalidade do delinquente se foi atribuindo no domínio da culpa.

Há que reparar, no entanto, no aspecto que se prende de perto com este e que consiste em atender à posição que no sistema penal se vem atribuindo à personalidade do criminoso.

Primeiramente ela foi estudada sob o aspecto naturalístico.

Os positivistas assim o entenderam, desprezando o conceito de culpa, por serem deterministas e não terem por essa razão cabimento os conceitos de mérito e demérito da conduta duma pessoa no seu sistema penal.

Assim, a personalidade do criminoso é considerada no aspecto preventivo, como causa de delinquência futura. Outra corrente, querendo restringir, por exigência de concepções políticas, a intervenção do Estado na esfera da liberdade do indivíduo, mas assentando na mesma base naturalística, afirmava que a personalidade do criminoso, por perigosa, só seria fundamento para a aplicação de medidas jurídicas, desde que se exteriorizasse num crime, sintoma daquela personalidade.

A culpa, mantida por alguns escritores, é desvirtuada do seu conceito clássico, para traduzir uma deficiência do carácter traduzida na prática criminosa.

Quer dizer: sem se transplantar abertamente a culpa para a esfera preventiva, dá-se-lhe um conceito que apenas naquela esfera pode colocar-se.

Só pode haver culpa quanto à liberdade de agir, porque culpa pressupõe reprovação, e este juízo só impende sobre quem era susceptível de ter outra conduta. Logo, excluir-se-ão do juízo de culpa aquelas situações em que o agente se encontra por não poder encaminhar-se para outras, em razão, por exemplo, duma anomalia congénita.

Não tem por isso consistência esta concepção da culpa caracterio-

lógica, que pretende dar à culpa a cor que é característica da perigosidade, não deixando no entanto de a colocar no domínio da repressão. Uma outra concepção, paralela a esta, mas assente em bases mais sólidas, é a concepção da culpa na formação da personalidade, defendida pela primeira vez, no direito criminal, por Mezger.

No entanto é muito antiga esta concepção da culpa noutros domínios, como por exemplo na moral.

Já Aristóteles afirmava que o homem adquire qualidades morais pela prática de actos imorais e por isso pertence à sua vontade modificar as suas acções, para melhor orientar a sua personalidade.

Não que o homem possa, em qualquer altura, dominar os seus hábitos, mas continuará a ser responsável por eles na medida em que teve culpa em seguir o caminho que o levou à sua aquisição.

O homem tem assim a obrigação de respeitar um «dever ser», obrigação que constitui o seu dever moral. Esta é a culpa a que também se refere a Igreja, quando julga o homem responsável não só pelo pecado, mas também por ter consentido na conduta a que este o levou.

Foi, porém, Mezger quem trasladou este conceito para o direito criminal, como necessidade para a compreensão da pena a que a lei alemã de 24 de Novembro de 1933 sujeitava os delinquentes habituais.

Para Mezger, o delinquente pode ser censurado não apenas pelo crime que cometeu, mas também por ter consentido nessa conduta criminosa, na medida em que podia ter orientado as suas acções noutra direcção.

Logo, ao agir contra ele, não se sai da actividade repressiva, sem para isso ter que se invocar uma necessidade de defesa.

No entanto esta culpa na formação da personalidade não abrange toda a personalidade do criminoso, porque nela há um «quid» que ele herdou e que não pertence à sua vontade modificar.

Deste modo se distingue esta culpa da culpa caracteriológica, por não abranger toda a personalidade do delinquente, mas apenas aqueles aspectos que, pela sua actuação, dela passaram a fazer parte.

Logo, há que observar toda a personalidade, para depois separar aquela parte de que o agente deve ter responsabilidade.

Bokelman criticou Mezger, não julgando legítima a distinção

entre os elementos congénitos e os adquiridos na personalidade do criminoso.

Segundo Bokelman, a personalidade tem que ser olhada na sua totalidade com todos os elementos congénitos ou adquiridos e a explicação de Mezger é apenas parcial, porque, na medida em que o carácter anti-social do delinquente habitual não for devido à culpa do agente mas a uma disposição congénita, a agravação da pena — na mesma lei alemã — verifica-se de igual modo. E, neste último caso, a pena terá que basear-se na segurança, isto é, pertencerá à esfera preventiva.

Para fugir a esta deficiência constrói de novo a culpa na formação da personalidade, abrangendo toda esta, e para isso faz assentar aquela culpa numa ficção de liberdade, ficção que para ele é legítima por ser útil à vida social.

Em desfavor desta concepção vem, em primeira linha, o recurso a uma ficção para encontrar uma liberdade que justifique a culpa, que por sua vez há-de ditar a pena.

É certo que todo o juízo de culpa exige a possibilidade de agir diferentemente, mas repugna aceitar que esta liberdade de agir possa ser aumentada ou restringida pelo legislador recorrendo a uma mera ficção.

Se assim é, parece melhor a posição de Mezger quando considera o criminoso apenas responsável na medida em que foi da sua vontade que resultou a conduta criminosa, e quanto à outra parte da sua personalidade com que a vontade nada tem que ver, apenas poderá ter lugar uma medida de segurança.

Com esta concepção da culpa coloca-se a personalidade do delinquente no domínio da repressão, porque se julga o delinquente culpado pela sua má conformação.

\*

\*

\*

Esta a resenha breve da progressiva importância que à personalidade do delinquente se foi atribuindo no direito criminal, e o lugar em que ela foi sucessivamente encarada.

## **B) A culpa na formação da personalidade e a necessidade de prevenção especial**

Deste conceito de culpa na formação da personalidade se conclui que ela só pode ter aplicação a imputáveis, por só estes terem a suficiente liberdade de agir para serem julgados responsáveis nessa conformação da sua personalidade.

O juízo de culpa não pode incidir sobre os inimputáveis. Só se discute se é culpada uma pessoa, uma vez que se averigua que é imputável.

Ao contrário, para saber se num criminoso há perigosidade, e consequentemente se há necessidade de lhe aplicar uma medida que lhe combata essa probabilidade de crime, não tem que se fazer previamente aquela averiguação.

Estes, os absolutamente inimputáveis, só podem ser sujeitos a medidas de segurança e nunca a penas, nem mesmo em resposta a uma possível culpa na formação da personalidade, que não teria cabimento aqui.

No entanto, mesmo quanto a imputáveis, esta culpa na formação da personalidade, tornando o agente responsável pelo perigo que oferece, não é o modo mais adequado para realizar eficazmente a prevenção especial, principalmente porque é sempre difícil determinar em que medida é o agente responsável pela má conformação da sua personalidade, e em que medida essa má conformação corresponde a uma disposição congénita.

Quanto àquele grupo dos que, não sendo plenamente imputáveis, sofrem no entanto uma restrição maior ou menor da sua imputabilidade, que todavia lhes não rouba por completo aquela qualidade, entendem alguns autores que o seu dever de precaução contra a prática dum facto ilícito é maior em razão daquela restrição, e sendo assim maior é a culpa no caso de infracção e, consequentemente, mais grave a pena também, e deste modo se conseguia a prevenção especial necessária. Seriam, portanto, responsáveis os de imputabilidade diminuída por terem consentido naquela conduta, ou não terem evitado a infracção daquele dever.

Não o entendeu assim a nossa lei:

Como a imputabilidade diminuída importa a diminuição dum dos elementos da culpabilidade, temos de a considerar uma atenuante ge-

ral, e como tal incluí-la na circunstância 23 do art.º 39.º. Logo, a pena atenua-se, mas como estes indivíduos são indivíduos geralmente perigosos, e deste modo não está garantida eficazmente a prevenção especial, sujeita-os a nossa lei ao cumprimento duma medida de segurança em prisões asilos, por períodos sucessivos de dois anos, se, finda a pena, ainda forem perigosos e até que esse perigo tenha cessado (art.º 131.º do decreto n.º 26.643).

### C) O nosso direito

No nosso direito, como regra, a culpa refere-se ao facto ilícito praticado.

No entanto já se admite em alguns casos uma culpa com referência à personalidade do criminoso, como por exemplo na consideração da reincidência como agravante.

O reincidente sofre uma pena mais grave que o delinquente primário, não só por insistir em desobedecer à lei, e ter por isso maior culpa, como também porque ele revela maior perigo de nova prática criminosa, e a lei o julga culpado por esse perigo (1).

Mas não, ao contrário da lei alemã, no caso dos habituais, porque a nossa lei, uma vez terminada a pena, manda aplicar uma medida unicamente baseada no perigo que o delinquente ainda apresentar, medida essa que se desenrola por períodos sucessivos de dois anos até que esse perigo desapareça (art.º 117.º do decreto n.º 26.643).

Isto é: finda a pena que a culpa lhe ditou, o habitual é sujeito a uma medida de segurança até que lhe cesse a perigosidade; e mesmo a lei alemã apenas entra com a concepção de culpa na formação da personalidade na agravação da pena a que sujeita os habituais, e finda esta pena também os submete a uma medida de segurança enquanto forem perigosos.

Também no nosso direito o sr. Doutor Eduardo Correia, na «Revista de Direito e de Estudos Sociais», sugere a construção duma culpa nestes termos, resultante dos princípios de execução das penas, dominantes no nosso sistema criminal.

E assim, uma vez que um dos pensamentos fundamentais deste

---

(1) Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 75 — pág. 51.

sistema é a correcção e educação do delinquente, à base do sentimento de liberdade e responsabilidade, em ordem a fazer-lhe nascer uma personalidade unicamente informada por valores jurídicos criminais, haverá uma culpa na formação da personalidade sempre que o agente se não tenha corrigido, educado ou tratado de molde a orientar a sua personalidade por esse tipo de valores. «Na medida em que o direito criminal protege certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever jurídico de formar a sua personalidade de modo que a sua actuação na vida se não ponha em conflito com aqueles valores ou interesses.

Violando esse dever pela omissão da correcção das suas tendências perigosas, incorre o delinquente em *«culpa pela não formação conveniente da sua personalidade»*.

E assim, sugere ainda que é talvez um sistema monista ético-jurídico que está na base do nosso sistema criminal.

\*  
\*   \*  
\*

Parece-me antes que o art.º 117.º faz referência a uma outra medida de segurança, unicamente baseado no perigo que o delinquente apresenta.

Em primeiro lugar, a dificuldade de determinar o grau de culpa que o delinquente tem na má conformação da sua personalidade, parece-me suficiente para afastar este critério e o procurar substituir, sob pena de irmos julgar culpada uma pessoa quando ela de facto o não é.

Além disso, esta ideia da culpa na formação da personalidade, não me parece a mais adequada para conseguir o fim que se tem em vista : não deixar o delinquente voltar para a vida livre, enquanto ameaçar perigo de novas práticas criminosas. Ela só por si poderia justificar, como justifica na nossa lei no caso da reincidência, uma agravação da pena, mas não seria suficiente para justificar *toda a detenção posterior à pena, unicamente dependente do fim da perigosidade do agente*.

É também este o critério que segue a lei alemã, como já referi.

Por último, se considerarmos pena aquela medida a que sujeitamos, por exemplo, o delinquente habitual por furto, medida que pode

até prolongar-se por toda a vida, ficamos sem outra pena mais grave para aplicar aos que tiverem cometido um crime mais grave também na escala penal, desrespeitando assim aquela equação — culpa-pena — que é um dos princípios fundamentais do direito criminal.

### 3) — **Princípios da cumulação** (Kumulierungsprinzip) **e da substituição** (Vikarierungsprinzip)

Do que disse, pode concluir-se que as medidas de segurança se aplicam quando as penas são inaplicáveis, ou, mesmo quando estas se aplicam, desde que não sejam suficientes para realizar a prevenção especial necessária.

É neste último caso, parece, que, finda a pena, teria lugar a medida de segurança que iria suprir o que a pena não tinha conseguido.

Falar assim, pressupõe adoptado o princípio da cumulação (Kumulierungsprinzip), isto é, aquele princípio segundo o qual as penas e medidas de segurança se aplicam umas ao lado das outras.

Há no entanto quem critique este princípio, propondo antes o da substituição (Vikarierungsprinzip), pelo qual em cada caso concreto ou se aplica só a pena ou só a medida de segurança, realizando a medida aplicada, ao mesmo tempo, a função daquelas duas.

A crítica que vulgarmente se faz ao princípio da cumulação, é a seguinte :

- a) a mudança de estabelecimento para cumprimento de medidas de segurança, vem contrariar o melhoramento do delinquente, porque no estabelecimento em que cumpriu a pena já conhece o pessoal, e este o conhece a ele, e por isso a transição para outro estabelecimento será pelo menos uma demora, se não for mesmo uma frustração do seu melhoramento ;
- b) o método de influenciar o criminoso nos diferentes estabelecimentos, varia consoante a concepção do respectivo director, e esta diferença de concepções vai demorar o melhoramento do delinquente, se mesmo o não for contrariar. Logo, seria preferível o mesmo tratamento a uma mudança, ainda mesmo que um segundo tratamento se reputasse, em si mesmo, melhor que o primeiro ;

- c) do ponto de vista do delinquente pouco há a esperar com a diferença, porque para ele é praticamente indiferente o passar a chamar-se à sua privação de liberdade medida de segurança.

Estas críticas eram feitas em favor do princípio da substituição, que na sua plena realização entende que se apliquem ou só penas ou só medidas de segurança, realizando a medida aplicada a função de ambas.

Algumas legislações admitem francamente este princípio, dando ao juiz a possibilidade de aplicar como regra ou uma pena ou uma medida de segurança.

Parece no entanto não serem inteiramente de proceder as críticas feitas ao princípio da cumulação.

Assim, se é certo que a mudança de estabelecimento traria inconvenientes graves, certo é que também não parece que ela seja de tal modo inerente ao princípio da cumulação, que o desrespeito se não possa verificar.

Haveria talvez uma distinção mais nítida entre ambas as medidas neste caso, mas se o fim proposto se consegue, ainda que a mudança se não verifique, e até com vantagens que esta não asseguraria, parece preferível que a medida de segurança a aplicar, se cumpra no mesmo estabelecimento em que se cumpriu a pena, quando haja lugar à sua aplicação conjunta. Além disso, não interessa pròpriamente que o delinquente sinta grandemente a transição de uma medida para a outra.

O que importa é que essa nova medida, obedecendo a diferente fundamento, consiga realizar eficazmente um certo objectivo.

Dizer que, como regra, se deve preferir o princípio da cumulação, não significa que em alguns casos se não adopte aquele outro princípio, por se reconhecer que, num caso concreto, a sua aplicação representa maior vantagem ou menos inconveniente.

Este, o caminho médio de aconselhar, por ser o único que se propõe realizar o máximo de vantagens com o mínimo de inconvenientes.

Este caminho médio assenta no princípio da cumulação, mas leva algumas vezes a que uma medida substitua outra, quando con-

tenha em si elementos que tornem possível a realização daquele «quid» que a segunda medida se iria propor imediatamente.

Esta relação estreita de interdependência entre penas e medidas de segurança, não vem contrariar princípios fundamentais de direito criminal, nem vem deturpar o conceito de cada uma daquelas medidas, que já referi.

É antes, mais uma vez, a revelação daquele aspecto da realidade que se traduz na falta de correspondência entre a teoria e a prática.

Penas e medidas de segurança, diferem essencialmente.

Aquelas tipicamente repressivas, estas propondo-se à prevenção do crime.

A pena reage contra o facto criminoso, e traz em si a reprovação que este exige.

A medida de segurança não precisa de responsabilidade moral, é èticamente indiferente, porque apenas se propõe evitar que o crime se repita.

Não pretende reintegrar a ordem jurídica violada, não é em si mesma um mal, em resposta ao mal do crime, como sucede com a pena. Esta, a rigidez teórica, ditada pela pura análise dos conceitos.

Noutro aspecto do problema, temos a realidade das coisas, que necessariamente lhe imprime certa maleabilidade.

Se conceitualmente divergem e se situam em planos diferentes pelos fins específicos que se propõem, têm no entanto o fim último e comum de defesa social, que vem emprestar-lhes pontos de contacto resultantes da sua aplicação prática. Por outras palavras: aspectos que não cabiam na essência da medida, podem surgir do facto da sua aplicação, porque a realidade das coisas lhe traz essa nova tonalidade.

Assim, se a medida de segurança se não propõe fins repressivos, pode a sua aplicação, quando se não trate de inimputáveis, ser de facto sentida como o mal, e até a ameaça desse sofrimento bastar para desviar a generalidade das pessoas da prática do crime.

A prevenção especial a que a pena aspira, e que as necessidades repressivas lhe consentem, pode ser suficiente para afastar o perigo de novas práticas criminosas por parte do delinquente. E, sendo assim, a pena pode dispensar absolutamente a medida de segurança.

Esta substituição duma medida por outra não vem contrariar,

como já disse, princípios fundamentais de direito criminal, antes é aconselhável, porque :

- a) se a mesma medida reprimir e prevenir o crime, não há necessidade do Estado fazer nova despesa em ordem a aplicar nova medida que se proponha directamente qualquer daqueles fins, que uma outra medida indirectamente já atingiu ;
- b) se a sociedade já se defendeu do delinquente na sua dupla actividade de prevenção e repressão, com uma única medida, passará a ser uma ofensa dos direitos do próprio delinquente a aplicação duma outra medida que se proponha essencialmente um daqueles fins ;
- c) a obediência excessiva a puras concepções formais passará antes à categoria de capricho, que teima em não atender à realidade dos factos, capricho este nitidamente exagerado porque levaria aqui a uma violação de liberdade individual.

Assim, poderá prescindir-se, em regra, duma medida de segurança, quando se mostrar que ela é desnecessária por já se ter atingido, com a pena, o objectivo específico que aquela viria realizar.

Isto será assim para os imputáveis que não sejam habituais, ou não pertençam à pequena criminalidade.

Quanto a estes vigorará o princípio da cumulação, por não se poder conseguir aquele objectivo.

Pertencem à pequena criminalidade aqueles que vulgarmente são chamados também homens «a-sociais», como sejam os vadios, mendigos e equiparados.

Muitas vezes este tipo de delinquente é mais incómodo que prejudicial, mas a prática demonstrou que é preciso intervir, porque se trata de pessoas que andam constantemente à margem do crime pela sua vida de ociosidade, e que podem, por isso, com mais facilidade nele cair.

Geralmente trata-se de pessoas que não aprenderam uma profissão, e que, por essa razão, só encontram rendimento na vida de vagabundagem ou mendicidade.

A «correção» nestes casos far-se-á pela aprendizagem duma profissão, o que leva naturalmente muito tempo, não chegando para isso a pena que a culpa lhes indicou.

Por isso impõe-se uma medida de segurança, — em colónias agrícolas e casas de trabalho — até se obter esse fim.

Além disso, são precisamente estes indivíduos que se influenciam com maior dificuldade, por manifestarem muitas vezes uma tendência para a vadiagem, que parece patológica e é por isso muito difícil habituá-los a uma vida ordenada e de trabalho.

Quanto a estes, acontece que geralmente a culpa é pequena e, portanto, menor que a perigosidade, e a pena, conseqüentemente, pequena também para poder dispensar a medida de segurança.

Quanto aos habituais, esta necessidade ainda se torna mais imperiosa, porque, se no que respeita à pequena criminalidade a perigosidade é grande, no sentido de haver sério receio de que o criminoso volte a delinquir, nos criminosos habituais esta perigosidade é maior, no sentido de serem de maior gravidade os crimes a reear.

Logo, quanto a estes, também é necessária uma medida de segurança em razão do perigo, a seguir à pena que, por si só, não conseguiu fazer desaparecer essa probabilidade do crime.

Quanto aos de imputabilidade diminuída, não pode estabelecer-se uma regra geral, porque tudo depende do grau da sua imputabilidade. Porque a imputabilidade é elemento da culpa, influi na proporção penal, logo a diminuição de imputabilidade há-de levar a uma diminuição da pena.

Se a imputabilidade é pouco diminuída, e a perigosidade do criminoso não é grave, a pena atenua-se apenas ligeiramente, e pode por si só bastar para satisfazer o fim de prevenção especial necessária.

Se a diminuição de imputabilidade é grande, e a perigosidade previsivelmente grande também, pode a medida de segurança a aplicar ser bastante para substituir a pena.

Como regra, no entanto, para este caso, deve valer o princípio da cumulação, porque os de imputabilidade diminuída são geralmente perigosos, mesmo que a sua diminuição de imputabilidade seja pequena, exigindo-se por isso geralmente a detenção de segurança, ao cabo da pena.

Assim, os anormais de carácter, a que se refere Kurt Schneider, são os indivíduos mais perigosos.

Quanto a inimputáveis, o problema não chega a pôr-se, porque as penas lhes não podem ser aplicadas.

**Mas poderá perguntar-se :**

Quando se aplica o princípio da cumulação, qual a medida que deverá cumprir-se em primeiro lugar ?

Do próprio facto de as medidas de segurança se applicarem «onde se applicam penas mas estas não sejam suficientes para o fim de prevenção especial», resulta que estas só terão lugar uma vez cumpridas as penas.

Pode no entanto duvidar-se desta solução em casos excepcionais, como, por exemplo, nos que abusam de estupefacientes ou de bebidas alcoólicas.

É certo que só uma vez cumprida a pena é que podemos saber se ainda existe perigosidade que motive a medida de segurança.

Mas também não é menos certo que esta perigosidade reside essencialmente no hábito do veneno, e que, portanto, o combate a esta perigosidade há-de ser feito pela perda desse hábito.

Se quisermos que o alcoólico, ou o que abusa de estupefacientes, possa sofrer a pena antes da perda do hábito, que a medida de segurança se propõe expressamente, temos de continuar a ministrar-lhe o veneno, sob pena de nele se revelarem os sintomas duma doença grave pela subtracção pura e simples do álcool ou do estupefaciente.

Mas se continuamos a ministrar-lhe o veneno — para que seja capaz de suportar a pena — aumentamos-lhe a perigosidade, que em grande parte se proporciona com o tempo em que adquiriu o vício.

Portanto, parece que deveríamos primeiro procurar obter a perda do hábito pela medida de segurança, e só depois sujeitá-lo ao cumprimento de pena.

Pode no entanto objectar-se que, uma vez perdido o hábito do veneno, cessou a perigosidade, e já se não justifica uma nova medida, que nada viria conseguir.

Simplemente, dir-se-á que há que ter a culpa em consideração, ou, de outra maneira, se não quisermos partir deste ponto por receio de um exagero formal, podemos afirmar que a prevenção especial não se realizou inteiramente, porque a seguir à perda do hábito há que ter em conta o perigo de nova prática criminosa, perigo esse que seria suficiente só por si para justificar a permanência por mais algum tempo no estabelecimento de cura.

Este receio de reaparição do hábito pode combater-se na detenção, como pena, posterior à medida de segurança, e durante ela pode

ainda lutar-se contra a ociosidade que geralmente essa cura origina, criando-lhe hábitos de trabalho.

#### 4) — A bifurcação no nosso direito

Também no nosso direito a sanção do direito criminal se bifurca em penas e medidas de segurança.

Também no nosso direito se quiseram tratar realidades que se distinguem — culpa e perigosidade — com medidas diferentes também.

Apenas na nossa legislação prisional — decreto n.º 26.643, de 28 de Maio de 1936 — também se aproveitou a ligação estreita entre aquelas duas medidas que apesar da diferença teórica dos conceitos, a realidade dos factos traduz quando se aplicam praticamente.

E, assim, imprimiu a nossa legislação àquelas realidades e distinções conceituais certa maleabilidade, que não pretende contudo trazer uma confusão de conceitos que são diferentes, mas antes aproveitar certos aspectos que a prática consegue obter.

No nosso direito, a pena tem também, a par de outros, um fim de prevenção especial.

Assim o diz expressamente o Relatório que precede à Reforma Prisional.

«A pena actua preventivamente sobre os indivíduos de moralidade débil, sobre aqueles que se encontram na margem do crime». «E é também verdade que o crime suscita na consciência humana uma sede de justiça, que só a pena consegue apagar e que convém fazer reviver porque constitui um elemento poderoso na moralidade social.

Mas, além destas acções psicológicas de carácter geral, uma outra deve possuir e esta actuando especialmente sobre o criminoso: considerada sob este aspecto a pena reveste modalidades diferentes, conforme a categoria do delinquente.

Muitas vezes, terá por fim apenas a *intimidação do delinquente*, sempre que este meio baste como processo inibitório da prática de novos crimes; será de *correção* quando a intimidação se revele insuficiente para integrar uma vontade moral no delinquente; outras vezes terá a função de *separar* o delinquente do convívio social, o que

deverá suceder sempre que ele se revele incapaz de ser um elemento adaptável».

Procurou-se, o mais possível, adaptar a pena ao delinquente.

Do fim de prevenção especial que se atribui à pena, nasce a necessidade de a individualizar.

Mas é sobretudo no momento de execução da pena, principalmente da pena privativa de liberdade, que aquela individualização melhor se pode fazer.

Com a medida de segurança, esta necessidade individualizadora ainda mais se evidencia, por apenas se propor o objectivo da prevenção especial.

Mas pode acontecer que, finda a pena, ainda não se tenha conseguido a prevenção especial necessária ao criminoso; neste caso, em razão da perigosidade que o agente revela, há que fazer suceder à pena uma medida de segurança.

Esta, uma aplicação do princípio a que chamei o da cumulação, se bem que se tenha averiguado, nos termos já referidos também, ser de maior rendimento o cumprimento da medida de segurança no mesmo estabelecimento em que cumpriu a pena.

Assim, o art.º 87.º do decreto n.º 26.645, refere-se expressamente a essa medida de segurança posterior à pena que o grau da pena lhe consentiu, medida de segurança essa que se faz por períodos sucessivos de dois anos.

E da mesma maneira o art.º 131.º, quanto aos de imputabilidade diminuída integrados nas prisões asilos, e o art.º 117.º, para os criminosos de difícil correcção.

Qualquer destes casos serve ainda para mostrar que, também no nosso direito, a pena pode substituir a medida de segurança, quando ela própria consiga fazer desaparecer a perigosidade do agente, fim que a medida de segurança unicamente iria conseguir.

Melhor: se o menor de mais de dezasseis anos, o de imputabilidade diminuída, ou o preso de difícil correcção, ao fim da pena que lhes tiver sido atribuída se não reputarem já perigosos, não terá lugar a medida de segurança, que se iria propor exclusivamente o combate à perigosidade.

Poderá assim dizer-se que a pena, neste caso, substitui a medida de segurança (Vicariierungsprinzip).

Inversamente, a medida de segurança pode substituir a pena,

quando o crime for de pequena gravidade e grande a perigosidade do agente, uma vez que se aproveite a verdade de que os elementos repressivos são estranhos ao conceito mas não à realidade da medida de segurança. Assim se diz, por exemplo, no art.º 78.º do mesmo decreto, que o menor pode cumprir a pena em colónia correcional para menores, se for julgado mais vantajoso este regime.

Um outro aspecto da maleabilidade que referi, é a mudança dum para outro estabelecimento que se reputa mais adequado ao tratamento do delinquente, em obediência àquele mesmo princípio de adaptação da medida, quanto possível, ao seu sujeito.

Assim, os art.ºs 118.º e 130.º referem esta mudança de estabelecimento.

Também o art.º 156.º permite que o vadio cumpra a pena no próprio estabelecimento em que cumpre a medida de segurança, por se julgar esse estabelecimento mais adequado, embora o § único do mesmo artigo distinga expressamente neste caso o tratamento da pena, do da medida de segurança subsequente.

A pena progressiva, que a nossa lei admite francamente, é uma demonstração clara desta tentativa de adaptação da pena ao criminoso. Assim, deve também admitir-se o regresso a um período anterior, quando se verifique em certo momento a falta de correspondência entre o período mais suave e a melhor conduta do criminoso.

Aquela detenção que referi, posterior à pena, em razão da perigosidade, pode muitas vezes ser vitalícia, visto que muitos deles são de muito difícil correcção (os habituais, por exemplo) e a medida de segurança, por períodos sucessivos de dois anos, apenas pode eliminá-los para conseguir deles a prevenção especial necessária.

Isto não é de maneira nenhuma uma violação injusta da liberdade individual, porque representa uma protecção dos interesses que iriam ser violados com a libertação daqueles.

Em resumo: duma maneira geral parece poder encontrar-se, na nossa lei, a aplicação da maior parte dos princípios que julguei deverem preferir-se de «jure constituendo».