

CONCORRÊNCIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

por Rui Pena

Advogado

ACESSO AO TEMA

Numa comarca algures, foi julgado em processo de querrela, entre outros, o réu ALCINO. Provou-se:

— ter sido encobridor do co-réu BELTRÃO, nos termos do art. 23, ns. 4.º e 5.º, a punir pelo n. 2.º do art. 106, todos do C. Pen.;

— co-autor de um crime previsto no art. 428, § único, referido no art. 426, ns. 2.º e 4.º, e no art. 421, n. 4.º, todos do C. Pen.;

— cúmplice de um crime praticado pelo mesmo BELTRÃO e por CIRILO — o do art. 428, § único, referido ao art. 421, n. 4.º — nos termos do art. 22 n. 2.º, a punir pelo art. 104, n. 2.º, por força do art. 103, 1.ª parte, todos do C. Pen.;

— cúmplice de um crime, praticado pelo mesmo BELTRÃO e por DELÂNDIO — idêntico ao anterior — nos mesmos termos do n. 2.º do art. 22, a punir pelo art. 104, n. 2.º, também do C. Pen..

Nesta conformidade foi condenado nas correspondentes penas parcelares, e, em cúmulo jurídico, na pena única de 3 anos de prisão maior e uns tantos meses de multa.

Ora o ALCINO é motorista e possui carros de aluguer (indústria esta sujeita a autorização oficial, dec.-lei 37.272 de 31-12-1948). Utilizou o seu automóvel para transportar os objectos furtados, nos crimes em que tomou parte, e para proporcionar a fuga a BELTRÃO, a fim de o subtrair à acção da justiça. Serviu-se assim da sua profissão para facilitar a execução de crimes, dos quais só o primeiro não é punido com pena maior.

A lei, atenta fundamentalmente a prevenir a futura delinquência, responde a esta facticidade através de dois tipos de M. S.: interdição do exercício de profissão — por força da 2.ª alínea do § 5.º do art. 70 do C. Pen. — e inibição definitiva do direito de conduzir veículos automóveis de qualquer espécie — arts. 61-1-a) e 46-2-e), ambos do C. Estr.

Nestes termos, parece que a condenação do ALCINO peccou por defeito,

ou melhor, por imperfeição. O cúmulo jurídico das penas, não pode absorver as M. S., pois os fins da pena, por mais grave que seja, não coincidem com os fins especiais visados pela M. S. Trata-se de um princípio legal que os Tribunais aplicam sem qualquer discussão. Todavia, no caso sujeito o problema não é tão simples, e o princípio enunciado, muito embora se subentenda nos seus mais largos desenvolvimentos, não resolve tudo: para além da concorrência da pena e da M. S., existe concorrência de duas M. S.

A função dogmática é, senão exclusivamente, pelo menos em grande medida, prática. Interessa-nos pois fazer teoria útil, isto é: aplicável. Pensamos que a dogmática moderna não só tem exagerado o valor da lógica no direito, tomando-a como finalidade e não como instrumento, como ainda por cima continua agarrada a uma lógica enfermiosa, formalizante. Há que descer à realidade e ver o direito tal como é, irreprimível, brotando livremente, todos os dias, da experiência humana. O direito é uma realidade humana; é livre como o Homem. Todo o esforço para comprimir o leito de Procusta da geometria de conceitos, deduzida de uns tantos axiomas, entendidos como *dados*, deve ser banido. Assim como deve também repudiar-se a tendência dos que pretendem fazer coincidir a realidade jurídica com as próprias concepções filosóficas ou políticas.

O direito é ele mesmo fluido como qualquer energia — não tem que ter unidade sistemática; é dinâmico, prenhe de elementos irracionais e alógicos, temperado aqui e acolá por soluções de equidade e oportunidade. «On constate que le monde juridique est, comme le reste du monde social, complexe et multi-forme, traversé de courants..., plein de bonds en avant et de retours en arrière, mouvant et contradictoire comme tout ce qui est vivant» (LEVY BRHUL: *Tensions et conflits au sein d'un même système juridique*, in *Cahiers Internationaux de Sociologie*, 30, 1961).

Isto nota-se sobretudo no direito penal. Nele se aninham por vezes ideias contraditórias. Os redactores do nosso Código Penal partiam duma concepção de delito e de pena que dominava naquela época: o «dogma do acto» (MEZGER) e a missão de prevenção geral. Hoje o pensamento de prevenção especial

tem-se mostrado como um importante princípio configurador da pena, mas que, simultaneamente, ultrapassa o seu âmbito quando a medida preventiva do delito se situa totalmente no autor e não no acto isolado. Ao reinado da retribuição e da intimidação representativas de uma *Weltanschauung* liberal, sucedeu o da prevenção e da reforma dos criminosos, representativa de uma tendência social, que levou à reforma do Código: toda uma série de M. S. foi «chapada» a par das penas.

Dado que em direito, e muito especialmente em direito penal, abundam os elementos irracionais, o método que descure tais elementos não apresenta a realidade jurídica de um modo perfeito e acaba, ao fim e ao cabo, por alterá-la.

Com efeito, o princípio da coerência jurídica (JOSÉ H. SARAIVA: *A crise do Direito*, lições proferidas em Dezembro de 1963 no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, in *Rev. Ordem* e em separata), que pressupõe o conjunto ao elemento e situa a realidade naquele — nas chamadas «estruturas totalizantes» — só pode admitir-se relativamente a planos normativos em que já se verificou completa sedimentação de factos e valores. Tal não acontece com o direito penal, emanação directa do Homem colocado num determinado contexto social.

Vamos, pois, partir do direito positivo, do direito vida, do direito realizado, no sentido do que é vigente e se projecta com eficácia (REALE). O *dado* não deve ser um axioma cerebrino mas um fenómeno — «história», como diz CARNELUTTI (*R. F. D. Lisboa*, 14, 1960).

Mas a individualidade do real, aquilo a que chamamos *dado*, não é uma unidade substancial mas uma unidade relacional, uma unidade de múltiplos factos teleologicamente conexiados, por sua vez relacionada com outras *unidades-dados* segundo a ordem dos fins nucleares ou o chamamento de um fim exterior a qualquer delas. Deste modo o fim não pode ser considerado como elemento meta-jurídico, visto que está insito no *dado*. A determinação deste fim nuclear assim como aquele outro que preside à arrumação dos *dados* é indispensável no

nosso trabalho. Procurá-lo e seguir as suas sugestões não é exorbitar do direito, mas trazer à ribalta um dos seus elementos essenciais.

A situação do ALCINO, lança-nos num mar de implicações e problemas. Resolver estes é o escopo do nosso trabalho, mas já nos daríamos por satisfeitos se conseguíssemos aclarar aquelas.

CAPITULO I

PROBLEMA DA CONCORRENCIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

a) *Generalidades*

1. Entre o princípio de igualdade na troca do mal com o mal — *jus talionis* — e o da troca do mal com o bem, isto é, com uma actividade em sentido contrário, mediante a qual se anulam ou reduzem os efeitos do mal, é possível configurar uma gama de relações, qualquer delas passível de avocação pelo direito. A relação estabelecer-se-ia, normativamente, na correspondência «previsão (facto)-estatuição (sanção)». A norma jurídica não é constituída por duas partes, *praeceptum legis* e *sanctio legis*, não se desenrola num preceito primário e num preceito secundário, e em que este só se applicaria depois de o primeiro ter sido violado. A norma jurídica é um todo unitário, mas de estrutura relacional: consta de uma previsão e de uma disposição correlativa. A lei não vem esmolar a obediência das pessoas. Estabelece determinados *tabus*, zonas interditas, e protege-as com determinadas sanções. Todos os que aportarem ao *proibido*, constituído por verdadeiras ilhotas no mar da Ordem Jurídica, sujeitam-se a uma sanção. É a portagem necessária...

A sanção penal não é mais do que a reparação ou reintegração axiológica da previsão, mas aquela faz-se diferentemente consoante esta se refira a actos ou a estados. Surge-nos a dúvida quanto a saber se é também diferente no caso de pluralidade de actos ou de pluralidade de estados.

Pondo de parte a análise da pluralidade de actos, interessantes, primeiramente, saber se é possível a própria pluralidade de estados, e só finalmente verificar como surgirá a sanção.

2. Quando a previsão se traduz num acto (crime), em que a referência axiológica é subjectiva, a sanção é a pena; quando se trata de um estado (perigosidade), em que a referência axiológica é objectiva, a sanção é uma M. S.

O objecto desta investigação é fundamentalmente determinar se entre as suas múltiplas particularidades, esta relação *estado-M.S.*, pode, do ponto de vista do segundo termo, traduzir-se numa sanção plural.

Pretendemos saber se é possível a concorrência de M. S. e, no caso afirmativo, como se resolve essa concorrência.

3. A concorrência refere-se necessariamente às normas; existirá concorrência de duas ou mais normas se em face de uma determinada situação da vida, todas se julgarem competentes para a regular. Em direito penal haverá concorrência se o comportamento do sujeito for previsto por mais de uma norma penal, isto é, se preencher os pressupostos de aplicação de várias estatuições penais.

Dado o sistema dualista que preside ao nosso direito penal, a concorrência neste ramo de direito pode apresentar-se sob a forma de concorrência de penas entre si, cujo estudo está fora do âmbito do nosso trabalho, concorrência de penas e M. S., a que nos referimos incidentalmente, e concorrência de M. S. entre si, que é o tema nuclear da investigação.

Podem aplicar-se a um mesmo sujeito, e contemporaneamente, diversas M. S.? Como?

São estes os quesitos individualizadores do problema. Os italianos chamam-lhe *concorso di misure di sicurezza*, os escritores de língua alemã conhecem-no sob o nome de *Massnahmenkonkurrenz (Häufung und Auswahl Konkurrierender Sicherungsmassregeln)*. A teoria e a prática do nosso país parecem desconheçê-lo; apenas a ele se referiu BELEZA DOS SANTOS

(*R. L. J.*, 72, p. 290 e 305 e ss.), mas como mero considerando de um estudo respeitante a matéria diversa.

Poderíamos designá-lo por «concurso» ou «acumulação», mas preferimos mais genericamente, chamar-lhe «concorrência de M. S.», reservando as outras denominações para conceitos operativos, dentro da exploração posterior do tema.

Temíamos, para além da suggestionabilidade dos termos no sentido de uma certa solução, a sua ligação com problemas respeitantes à pena, e a consequente confusão de planos.

4. Em abstracto são defensáveis as duas respostas ao primeiro quesito: a afirmativa e a negativa. O problema é mais complicado na relação *perigosidade-M. S.* do que na outra *crime-pena*, dado que falta a precisa descrição das previsões legais da perigosidade, naqueles rígidos esquemas a que se têm de reconduzir os crimes.

Nada impede, com efeito, que o legislador tenha previsto, em relação a determinada perigosidade uma sanção plural como melhor realização do valor que a perigosidade destruiu, ou, o que é o mesmo — admitindo que M. S. se resolve sempre numa terapêutica — que o legislador tenha previsto uma terapêutica combinada para combater o estado de determinado indivíduo. Isto mesmo para além de sabermos se se trata de um único estado ou de mais do que um estado de perigosidade e se tal é possível. Nada impede, pois — parece-nos à primeira vista — que uma pluralidade de M. S. se justifique visto que uma concorrência de tratamento pode ser indispensável para completa satisfação das exigências de sanção requeridas nesse caso.

Mas repare-se: pode não ser bem assim. Há um princípio fundamental que rege a disciplina das M. S. que impõe a valoração integral e unitária da perigosidade social do indivíduo. Ora, qualquer que seja a variedade dos pressupostos da perigosidade, ela é unitária, e o único efeito desta unidade, além da beleza insita na simplicidade, parece ser o de lhe corresponder uma única M. S. É mais ou menos a doutrina que se extrai da *Relazione Ministeriale*, I, p. 259, de introdução ao Código Penal ita-

liano: «La pericolosità non può essere suscettiva di frazionamenti e di valutazioni unilaterali. Essa deve essere stabilita in modo integrale e unitario, e quindi, se i fatti importino ciascuno una misura di sicurezza della stessa specie, necessariamente non si applicano misure di sicurezza diverse».

5. A resposta ao segundo quesito pressupõe uma resposta afirmativa relativamente ao primeiro. No caso de não se admitir a concorrência ocorrerá a aplicação da uma única M. S., que não levanta particulares problemas. Se se admite, porém, resta-nos saber como se faz a aplicação das M. S. em concorrência: se se aplicam todas cumulativamente, ou, caso contrário, qual o critério de escolha das M. S. ou da M. S. que se deve aplicar.

6. Não conhecemos, no nosso direito, qualquer disposição que se refira, *ex professo*, à concorrência de M. S. Apenas — e já na parte especial — o § 1.º do art. 175 C. Pen. permite a cumulação de duas M. S.: caução de boa conduta e liberdade vigiada. Não revela de maneira nenhuma uma solução universal.

Na falta de texto expresso, e ressalvado este caso particular, poderíamos ser levados a pensar que a reserva legal prescrita no art. 54 C. Pen., se deve considerar extensível à questão proposta. Esta ficaria sob a égide da legalidade. Só se admitiria a acumulação nos precisos termos da lei: naqueles casos em que é a própria lei a estatuir essa mesma cumulação. Mas para além destes casos, e por imperativo da própria legalidade, devem aplicar-se todas as normas concorrentes que estatuem M. S. Onde é que começa e onde é que acaba a legalidade? É afinal o nosso problema.

O critério da legalidade delimita a solução e o próprio problema pelo que é inconsequente.

Quando não há mais nada a que lançar mão, costumam determinados autores nacionais ensaiar construções estrangeiras, limpando-as dos rótulos e encaixando-as a martelo no nosso direito. Chamam-lhes «ensaios *de jure condendo*». Se não são

de importação — e do mal o menos, dado que há como que uma consanguinidade entre os vários ordenamentos — são puras construções cerebrinas, deslocadas da vida, mantendo-se pelo vigor da imaginação do autor e pelo seu palavreado esfusiante e analogias, as mais rocambolescas. É pura ficção, mais ou menos científica... A sua utilidade é nula. Apresentam imponentes construções, enfeitadas com materiais da moda, simétricas e monólticas, recheadas de soluções simples e unitárias, mas... vazias de direito. Consideram como indiscutível superioridade o poderem apresentar uma solução harmoniosa que julgam projectada na eternidade e que não passa de uma abstracção simplista. É precisamente o dinamismo do direito que ridiculariza estes estudos *de jure condendo*. Eles só são válidos e úteis, segundo pensamos, apenas enquanto prognose, que partindo da «experiência» jurídica actual, consegue entrever a sua evolução futura. O critério *de jure condendo* nunca nos consegue fornecer a solução actual de uma determinada questão.

Poder-se-ia ainda tentar suprir a lacuna recorrendo por analogia às soluções esmiuçadamente tratadas na lei, de problemas paralelos levantados nas relações normativas de tipo *crime-pena*. Mas a técnica revela-se deficiente devido sobretudo à essencial discrepância entre os dois tipos de relações. No entanto — e convém desde já fazer a ressalva — não é desassisado seguir aqui e acolá os critérios sistemáticos utilizados para o curso de crimes e correspondentes sanções, quanto mais não seja, como preliminar enquadramento das questões sobre que nos debruçamos.

7. Nascido das ervas, o nosso sistema das M. S. viveu por muito tempo sem eira nem beira, pousando aqui e acolá, em milhentas leis, cada uma tratando de realizar certo fim, casuisticamente julgado necessário para a defesa social ou da ordem jurídica. Falta-lhe portanto uma definição legal exacta e um regime uniforme e completo (PALMA CARLOS: *Medidas de segurança*, in *J. Fóro*, ano 26 e em separata).

Perfilhada em 1954 pelo C. Pen. a instituição pouco ganhou,

pois não se estabeleceu a ponte entre os princípios básicos do diploma e o novo instituto nele enxertado, nem tão pouco se inseriu a acompanhá-lo, a adequada regimentação. Permaneceu, se não aumentou, a incomensurabilidade entre os dois tipos de relações normativas, com grave prejuízo para as que têm por termo as M. S., dada a deficiência da sua expressão legal, e os graves desvios a que foi sujeita a sua execução.

Confusões e anomalias na interpretação dos preceitos do C. Pen. que a elas respeitam são inevitáveis, além de que não se pode perder de vista, por outro lado, a existência de preceitos legais que estatuem M. S. à margem do colete — aqui acima de tudo protector — da codificação.

b) *Concorrência de medidas de polícia e medidas de segurança*

8. Consistam as M. S. na privação ou restrição da liberdade, ou no estabelecimento de quaisquer limites ao exercício de outros direitos, têm sempre de ser previamente estabelecidas por lei, ou melhor, aparecem-nos necessariamente em típicas categorias relacionais objectivas criadas por lei. Envolvendo o princípio da estrita legalidade — como elemento fundamental e indispensável — a intervenção do juiz, só jurisdicionalmente — seguindo o processo penal comum ou os processos especiais de segurança ou complementar — se pode decretar uma M. S.

A sua nota específica está precisamente em restringirem directa e imediatamente o *jus manendi, ambulandi, eunde ultro citroque*, de um cidadão, só podendo, por consequência, nascer de sentença judicial. As medidas de polícia, pelo contrário, apenas se propõem afastar ou imunizar factores externos, não pessoais, relevantes sob o ponto de vista da perigosidade. Entendemos, assim, que o repatriamento e a vigilância especial de polícia, previstos no de.-lei 37.447, não devem ser considerados medidas de polícia, visto envolverem sérias restrições à liberdade do cidadão.

Notemos, todavia, que a distinção entre umas e outras é de mera oportunidade legislativa: bastará pensar quanto a perigosidade do ambiente, que quase sempre se reflecte numa vocação

pessoal para delinquir, tem de relevante para o direito penal. De qualquer maneira, porém, nada nos impede de a utilizarmos como quadro geral delimitador das nossas investigações.

9. A tutela do perigo do ambiente envolve naturalmente a adopção de medidas, tipicamente previstas na lei, mas cuja utilização não está predeterminada. Podem, nomeadamente, concorrer com M. S. jurisdicionalizadas, tais como a liberdade vigiada, caução de boa conduta, interdição do exercício da profissão ou restrição de alguns direitos, e até mesmo liberdade condicional, que segundo nos parece se deve também incluir no elenco das M. S.. O n. 1.º do art. 18 do dec.-lei 37.447 de 13-6-1949 estabelece precisamente que «podem ser colocados sob vigilância especial os delinquentes de difícil correcção, quando se encontram em liberdade condicional». Poderia parecer, dada a dificuldade de destringer o alcance de uma e de outra, que elas se deveriam confundir na aplicação (vd. art. 19 do dec.-lei 37.447 e arts. 390 e 402, Ref. Pris.), com a consequente absorção da medida de polícia pela M. S., dada a proeminência da função jurisdicional. E o que se diz para este caso valeria para todos os outros. (Neste sentido cf. GABRIELI: *Rivista Penale*, Nuova serie, IV, parte I [1935], p. 729 e ss.).

Mas atentando melhor, tal absorção só se pode verificar, e por razões óbvias, quando as medidas de polícia concorrerem com M. S. privativas da liberdade, pois nos outros casos os campos de actuação e as finalidades de umas e outras são distintas: correspondem a perigosidades diferenciadas.

De resto, é preciso não esquecer que os hipotéticos inconvenientes de uma pura repetição ou reiteração de medidas, são afastados através do processo de discricionariedade que se pressupõe na aplicação das medidas de polícia.

O § único do art. 402 Ref. Pris. prevendo a carência de assistentes sociais especializados, atribui à autoridade policial a vigilância da liberdade condicional. Há aqui qualquer coisa de comum com a vigilância especial: esta, a medida administrativa, consiste precisamente no meio prático de verificar o cum-

primento das obrigações especiais ordenadas pela medida penal, decretada judicialmente (art. 396 Ref. Pris).

A admissibilidade da concorrência e a consequente aplicação conjunta desta medida de polícia, bem vistas as coisas, tem por fim limitar muito relativamente a discricionariedade administrativa na execução da liberdade condicional. Esta interpretação leva-nos, por outro lado, a restringir aos casos do n. 2.º do art. 18 do dec. citado, a aplicação da vigilância especial: só se aplicará cumulativamente quando tais indivíduos estiverem sujeitos a uma M. S. não privativa da liberdade.

Em súmula: pode haver concorrência de medidas de polícia e M. S.. A regra não levanta problemas especiais, a não ser no caso de se tratar de vigilância especial de polícia: haverá absorção no caso da M. S. concorrente ser privativa da liberdade; haverá, pelo contrário, aplicação cumulativa — ainda que sujeita a uma relação de instrumentabilidade — no caso da M. S. não ser privativa da liberdade. É que se as medidas de polícia não visam apenas a prevenção de crimes, mas a defesa contra outros factos socialmente danosos e perigosos, por outro lado falta-lhes a finalidade de reeducação e de emenda que legitima, numa visão personalista, as M. S.

c) *Concorrência de penas e medidas de segurança*

10. Apontada já, incidentalmente, a natureza jurisdicional das M. S. importa anotar que muito raramente elas preenchem, por si, o conteúdo de uma condenação (art. 71 C. Pen.).

(I) O mais geral é serem aplicadas directamente em razão da prática de um crime e em conjunto com uma pena.

Há contudo outros modos de aplicação:

(II) directamente, pelo verificar-se de factos que reúnem os elementos objectivos de um crime, mas praticados por inimputáveis (§ único do art. 69 C. Pen.);

(III) quando em relação ao sujeito opera uma causa de não punibilidade — isenção de pena (arts. 176 e 213 C. Pen.);

(IV) ou ainda por factos que só indirectamente se reconduzem à prática de um crime, mas que directamente se ligam à

execução de outra M. S. ou de uma pena (§ 3.º do art. 67 C. Pen. e arts. 1 e 2 do dec.-lei 40.550 de 12-3-1956 cj. com o art. 400 e §§ Ref. Pris.).

Todavia o normal é aplicarem-se cumulativamente com uma pena. Pena e M. S. podem concorrer numa mesma situação. É o que sucede naqueles casos em que o acto é sintoma de um estado, um e outro considerados negativamente pela ordem jurídica. Como a pena e a M. S. são distintas devem colocar-se, independentemente, uma ao lado da outra.

Mas o problema não é tão simples quanto esta «solução intuitiva», como atrás lhe chamámos, parece fazer crer. A dualidade *pena-M. S.* é mais do que uma diversidade de tipos de sanção, pois tonifica uma dualidade de relações normativas.

11. Esquemáticamente opusemos ao tipo de relação *acto-pena*, estoutro: *Estado-M. S.* Enquanto o primeiro está referido a um valor (subentende-se a sua bipolaridade), apresentado especificamente pela lei consoante as relações deste tipo que ela prevê, o segundo está referido a um único valor genérico *multiplicador* que não é mais do que a projecção dos anteriores. A diferença essencial traduz-se, porém, no modo de referência a um e outro valor: enquanto no primeiro tipo de relação normativa a referência axiológica se faz *ipso jure* pela mera subsunção do facto no *Tatbestand* declarado punível pela lei penal, no segundo é o órgão judicial que, através de um juízo de probabilidade, aquilata dessa mesma referência.

12. Surgem-nos dúvidas, porém, quanto à concorrência de uma pena privativa de liberdade com o internamento de segurança, previsto nos arts. 67 e 68 C. Pen. Literalmente a lei parece querer dizer que se trata de uma sanção única e inclina-se decididamente a considerá-la como pena («será prorrogada a pena», art. 117 Ref. Pris.). Devido, porém, à sua base anómala, a nossa doutrina — aliás bem acompanhada pelo relatório da Ref. Pris. — segue o caminho mais fácil, defendendo o carácter *sui generis* de tal sanção: é a teoria da pena de segurança.

Parece-nos, salvo o devido respeito, que apenas se vem

complicar a situação, criando um paralelismo desnecessário. Uma coisa é a pena, outra coisa é a M. S.: o problema é o mesmo da conjugação de uma com outra, não lhe trazendo qualquer especialidade o facto de os respectivos conteúdos serem idênticos.

Que quer dizer «será prorrogada a pena» (arts. 67 e 68 C. Pen)? O que é esta prorrogação? Será uma mera «passagem da ala esquerda para a ala direita da penitenciária»?

Antes de mais refira-se que não tem por objecto só as penas mas também as M. S., como se pode deprender dos arts. 71 § 2.º C. Pen., arts. 131 e 157 Ref. Pris. e arts. 6 e 7 do dec.-lei 40.550.

Se examinarmos os casos em que a lei permite a prorrogação, concluímos que é em função da perigosidade e condicionada à sua manutenção, que ela pode ser, concreta e individualmente decretada (cfr. art. 3, n. 3.º, dec. 34.553 de 30-4-1945). Assim o T. Ex. Penas de Lisboa decidiu em 27 de Fevereiro de 1946 (*B. M. J.*, 3, p. 141), que a prorrogação não é automática, tendo de ser expressamente decretada, após o cumprimento da pena ou de outro período de prorrogação, quando o tribunal não se decida pela concessão de liberdade condicional. Isto parece significar, sob pena de infringirmos a regra do *non bis in idem*, que estamos fora do campo da relação penal. Contra isto não valem os elementos literais mas a consideração realista do fenómeno em si, uma vez que não é a culpa que influi na caracterização jurídica da prorrogação, pois esta é apenas condicionada pela perigosidade do delinquente, avaliada não só pela sua personalidade presente, mas também pela prognose dessa mesma personalidade, tomando como base a sua evolução desde o passado até ao momento actual. Por outro lado, vale o próprio paralelismo com a prorrogação das M. S., que ninguém afirma tratar-se de uma pena nem de uma pena de segurança. Neste sentido se deve interpretar o art. 72 C. Pen., sob pena de o tornarmos incompreensível.

Acresce que a culpa é objecto de um tratamento autónomo como se deduz da agravação extraordinária das penas quanto aos delinquentes habituais e por tendência (art. 93 C. Pen.), e da agravação da pena quando se trate de reincidentes (art. 100

C. Pen.). Esta agravação pressupõe o efeito sobre a responsabilidade, da maior culpa que lhes é imputada objectivamente, a título de negligenciarem na formação da sua própria personalidade.

Pode, além disso, nem sequer se ligar a um crime, como sucede com a declaração de indisciplinado, que tanto pode ser feita no caso de estarem a cumprir penas, como no caso de estarem a cumprir M. S. (perigosidade penitenciária).

13. Isto equivale a dizer que a «prorrogação» é a aplicação de uma M. S.: o criminoso vai cumprir uma pena determinada em função da culpa (englobando, porventura, a denominada culpa na formação da personalidade), e depois de cumprida, se ainda for perigoso, continua internado até à inocuidade. A ideia de retribuição sucede a da defesa social.

O facto do conteúdo de ambas as medidas ser idêntico é despreciando, atentas as considerações anteriores, e não constitui um argumento sério, pois só pode dizer respeito à execução e não à aplicação. Acontece até — e o facto é sublinhado por ADRIANO MOREIRA: *Estudos jurídicos*, 1960, p. 112 — que esta identidade de regime se explica pela finalidade constitucional, que é a mesma para penas e M. S.: a defesa da sociedade e tanto quanto possível a readaptação do delinquente (art. 124 da Constituição). A verdade é que isto mesmo deriva do facto, já assinalado, dos valores a que se subordinam os dois tipos de relações normativas, estarem numa relação de funcionalidade: aquele valor genérico ou multiplicador que preside às M. S. atira, neste caso, num único sentido e precisamente no mesmo que a pena visou. Por outras palavras: aponta às M. S., como valor, aquele mesmo que está na base da relação normativa em que se inseriu a pena.

14. Admitindo a concorrência de penas e M. S., mesmo sem apelarmos para deduções racionais, e elucidados a respeito de um caso especial de concorrência que nos pareceu duvidoso, interessa-nos resolver os problemas que essa concorrência suscita.

A aplicação é feita cumulativamente em processo penal, segundo as regras que adiante explicitaremos, podendo o juiz decretar *ex officio* as M. S. (vd. arts. 109 e 123 Ref. Pris.) desde que se trate de factos que constem do despacho de pronúncia ou equivalente (art. 447 C. Pen.).

O juiz é obrigado a fazer a declaração de perigosidade na sentença, quesitando, para tanto, todos os factos que devam servir a essa declaração.

Já é especial o caso de o juiz condenar em pena suspensa, que entendemos dever considerar-se verdadeira M. S., e que portanto deve ser resolvido quando tratarmos do nosso problema central. Não se trata de concorrência de pena e M. S., mas apenas, de concorrência de M. S.

O cúmulo jurídico das penas não impede a concorrência de M. S. Nunca a pena mais grave, mesmo agravada, pode de alguma maneira absorver os fins particulares que as M. S. visam. O *modus* da concorrência é, porém, diverso consoante se considere o cúmulo como pena unitária ou como pena conjunta, sobretudo no caso de existirem M. S. acessórias, isto é, enquadradas na penalidade (cfr. EDUARDO CORREIA: *Direito criminal*, 1953, p. 175 e ss.). No primeiro caso a M. S. é aplicada independentemente das penas parcelares correspondentes aos vários crimes praticados, podendo acontecer que o criminoso resolva praticar um outro crime mais grave, para se libertar das M. S. ligadas à prática do crime anterior — portanto trata-se de uma solução muito pouco curial. No segundo caso já se consideram as várias penas parcelares e as correspondentes M. S. que a lei prevê por complementariedade (M. S. acessórias). A nossa lei, apesar da bondade do sistema da pena unitária, parece seguir o regime da pena conjunta considerando devidamente as penas parcelares que devem ser obrigatoriamente declaradas pelo juiz. Deste modo, em casos de perigosidade presumida em que a M. S. depende do *quantum* de pena aplicável (v. g. art. 46, n. 2, cj. com o art. 61 do C. Estr.) embora se tome o cúmulo da pena como referência, decreta-se simultaneamente uma M. S. correspondente a uma perigosidade revelada por um dos crimes pratica-

dos pelo sujeito e por conseguinte complementar de uma determinada pena parcelar.

15. Para concluirmos esta questão prévia interessará olhar para a fase de execução de penas e M. S.. É óbvio que a respectiva execução não pode ser simultânea — impede-o o dualismo do sistema, apesar de em teoria, e tendo em vista a progressiva identidade de fins, a dúvida poder vir a subsistir. Para já, no entanto, há a questão de saber se a execução da pena deve preceder ou seguir a M. S..

Quanto aos delinquentes de difícil correcção, e semi-imputáveis, a lei solucionou-a de uma maneira simples e prática, estabelecendo a identidade de regimes da pena e da M. S.. Nos outros casos — e parece ser o seu espírito geral, a que a consideração anterior não faz excepção — a lei dá a precedência à pena (art. 156 § único e 169 Ref. Pris.).

Excepcional é o resultado do incidente de alienação mental quando se verifique que esta é posterior ao crime: tem por objecto apenas a suspensão da execução (art. 130, § único, C. P. Pen.). E o mesmo acontece com a alienação mental durante o cumprimento da pena (art. 114 C. Pen. e art. 137 C. P. Pen.). A excepcionalidade é apenas aparente, pois não se trata de dar prioridade a uma M. S., mas a medidas de assistência clínica que ao Estado cumpre efectivar. Aliás, o facto de o juiz declarar esse internamento deve-se — não estamos a referir-nos a indivíduos criminalmente perigosos, (§ único do art. 137 C. P. Pen. e art. 3, § 2.º, do dec. 34.553) — a razões de economia, para se poupar o processo administrativo de internamento manicomial, segundo os regulamentos da Assistência Pública.

O nosso sistema, apesar de dualista, não impõe a necessária separação entre estabelecimentos prisionais para o cumprimento de penas e de M. S. prevalecendo, segundo uma escolha empírica, o estabelecimento mais adequado ao tratamento de cada delinquente.

Concluindo: cronologicamente a lei atribui a prioridade à pena, mas quanto à escolha do estabelecimento em que, regra

geral, se executará uma e outra embora sob regimes diferentes, dá a precedência à M. S. (vd. art. 156, § único Ref. Pris.).

CAPITULO II

GENETICA DA CONCORRÊNCIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

a) *Previsão da norma e concorrência de medidas de segurança*

Raramente encontramos, *in natura*, normas decalcadas sobre aqueles esquemas em que sintetizámos as várias formas que entre nós reveste o direito de punir. Nem sempre a norma, na sua integridade — isto é, composta de previsão e estatuição, tal como é conceitualmente reconstruída no seu esquema lógico pela doutrina — se encontra expressa numa única disposição ou num só artigo da lei. Mesmo o normal, é aparecer dispersa como participe de múltiplas disposições, que constituem como que fragmentos de norma, ou então distribuída segundo os dois termos correlativos, cada um em artigo de lei distinto. Este expediente legislativo encoraja-nos a dissociar os termos da relação normativa, ainda que com mera finalidade de exposição, e verificar em face de cada um, a génese da situação de concorrência de M. S..

I — Perigosidade

16. A previsão normativa é um estado, dissemos, e enquanto insito na norma, é um estado normativo. O conceito é acentuadamente jurídico, mas para além do restrito conceito romanista de *status*, usamo-lo como aglutinador de todo um conjunto de qualidades idealmente previstas na lei em conexão com um valor que implica e define determinada estatuição.

A unidade e a adequação entre previsão e estatuição conseguem-se fundamentalmente por intermédio do valor — *pivot*

sobre o qual funciona a norma. Não é, porém, essencial à noção, que a referência ao valor seja actual e directa, podendo admitir-se uma mera referência eventual e indirecta. É o que sucede com a perigosidade que assenta na velha noção de perigo — perigo entendido, e podemos já completar o nosso pensamento, como probabilidade de um acontecimento futuro que preencha um ou mais dos tipos legais que a lei sanciona, por ofenderem aqueles valores que ela de per si pressupõe nas diversas incriminações.

17. É lugar comum afirmar-se que a noção de perigo é uma contemplação com a ignorância (*ein Kind unserer Unwissenheit*), pois todo o fenómeno que se verifica tinha necessariamente de se verificar. Isto corresponde à visão pragmatista, para a qual não existe perigo quando há um estado que de facto constitui ameaça de lesão, mas que pode também ficar inofensivo.

Creemos, pelo contrário, que é a própria vida a fornecer o seu verdadeiro sentido captado pela emoção do sujeito. No perigo vai implícita a afirmação de probabilidade correspondente a um conhecimento experimental de uma situação real e objectiva, mas humana, insusceptível de determinismo. E foi assim que o consagrou o Direito.

Mas havia que garantir os indispensáveis fins de segurança da justiça penal. E assim só haverá causalidade potencial, e logo perigo, «quando, segundo os vários métodos de experimentação, se pode afirmar uma normal concordância ou variação concomitante entre dois fenómenos» (A. MOREIRA: *ob. cit.*, p. 94).

Nisto, repare-se, continua a haver em última análise, um elemento subjectivo que não se pode descurar: o juízo que se funda na geral experiência dos valores causais. Cumpre notar, no entanto, que mais do que uma valoração individual, é sobretudo uma valoração social, pelo que, provindo de todos, tem valor para todos.

18. O perigo pode derivar de uma acção (acção que pode

não produzir um evento danoso, tendo todavia, normal idoneidade para o produzir, v. g. contravenções, crimes de perigo) ou de um estado. Neste caso falamos então de *perigosidade* que não é mais do que um atributo do ser pessoa e, enquanto tal, sancionado juridicamente. Constitui pois a previsão da relação punitiva.

A perigosidade é, tal como os ingredientes que a geraram, um conceito normativo, caracterizado pelos poucos traços que a própria lei mal conseguiu desenhar, uns pessoais, outros exteriores: condições físicas, psíquicas, morais e culturais e também condições ambientais, da vida familiar e social. O que a lei prevê é um complexo de condições, subjectivas e objectivas, mais ou menos duradouro, sob a acção do qual considera provável que uma pessoa cometa um facto social danoso.

Assim podemos desde já concluir que a afirmação que atrás reproduzimos, de que a perigosidade não é susceptível de fraccionamento e que por conseguinte não pode levar à aplicação contemporânea de mais do que uma M. S., não é suficiente para a resolução do quesito que nos propuzemos, pois que, se a premissa é exacta — e não duvidamos que o seja — já não o é a consequência que dela se pretende inferir. Sê-lo-ia dentro de um conceito naturalístico de perigosidade, nunca, num conceito normativo. Além disso — embora nos adiantemos na economia da exposição — mesmo mantendo o conceito unitário de perigosidade normativa com as suas formas e modalidades particulares, não é ilógico nem irreal, que a lei preveja uma série de tratamentos diferenciados (M. S.), que simultaneamente concorram para a finalidade que ela se propõe.

Este mesmo ponto de vista nos permite afirmar com meridiana clareza, a característica de antijuridicidade deste estado: pois é a norma que o prevê com essa mesma tonalidade resultante da ofensa dos interesses que ela tem em vista ao sancioná-lo. Quando se fala na antijuridicidade ou na indiferença valorativa da perigosidade, os autores pretendem referir-se à vocação para delinquir que se encontra no indivíduo, ou seja, à sua estrutura caracterológica. Ora, supomos que não é a esse conceito de perigosidade naturalística que nos devemos referir.

Já acentuámos que o crime mantém uma posição de excepcional relevo para a formulação do juízo de perigo, visto que esta não se concebe senão por referência a um facto futuro determinado. Apontado como facto ilícito cuja efectivação se teme, ele consegue — e parece-nos isto claro — tingir com a sua antijuridicidade, (aquela com que nos aparece como facto tipicamente ilícito e culposo), a perigosidade.

A lei não proíbe a perigosidade, prevê-a e sanciona-a em vista dos interesses que ofende *in fieri*. É pois descabido colocar o problema em termos de desobediência a um comando, e não é preciso recorrer à culpa na formação da personalidade para descobrirmos uma violação do imperativo legal, violação que revestiria essa natureza de desobediência. Aliás basta ler as designações dos títulos do C. Pen. para se verificar que toda a organização repressiva assenta sobretudo na consideração da injustiça da ofensa aos interesses que tem em vista, o que de certo modo vem contrariar a tese da natureza imperativista do direito, mesmo admitindo que ela fosse pertinente para a resolução de um caso que se deve colocar muito anteriormente, no puro domínio normativo.

19. A deficiente determinação legal da perigosidade como conceito normativo implica, por um lado, dificuldades enormes quanto à fixação dos seus componentes e factores, e, por outro lado, quanto à sua actuação. O primeiro obstáculo é de interpretação e por consequência de determinação do exacto sentido legal, o segundo, é de qualificação, isto é de subsunção das situações da vida naquele conceito normativo que a interpretação nos fornece. A questão é mais grave quanto à perigosidade do que quanto ao crime, pois nos falta a precisa descrição legal naqueles rígidos esquemas a que têm de reconduzir-se os crimes.

São estas mesmas operações e inerentes dificuldades, com que deparamos ao procurar saber se é possível haver pluralidade de perigosidade no mesmo sujeito: temos de nos situar, em primeiro lugar, num plano normativo e só depois no plano prático de aplicação.

Se a perigosidade é sancionada por lei em consideração da probabilidade de crimes a que pode dar origem, parece evidente que a sua delimitação há-de ser feita, sobretudo, através da consideração daquela probabilidade — que pode ser maior ou menor e mais ou menos duradoura — e da diversa natureza dos crimes esperados. E esta delimitação tem importância pois, sabido que a perigosidade é o primeiro termo da relação normativa, é óbvio que cada tipo de perigosidade individualizará uma relação.

Ao fixar em concreto os critérios da probabilidade juridicamente relevante orienta-se a lei não pela rigidez da Matemática, mas pelo *quod plerunque accidit*, enriquecido porventura, com considerações de tempo e etiologia, e atende em grande parte, o que poderá parecer estranho, ao evento previsto. Com efeito um evento mais danoso é temido pela lei, mesmo quando pouco provável, enquanto um evento menos danoso só é considerado, quando muito provável.

20. Pode suceder que vários preceitos legais pareçam estabelecer diversos tipos de perigosidade e no entanto, vistas melhor as coisas, se venha a verificar que só um deles é no fim de contas eficaz, pois que entre as várias disposições aparentemente delimitadoras existem relações de hierarquia tais que a eficiência de uma, exclui a simultânea aplicação de outra. Está-se então perante casos de concurso de leis ou de normas (*Gesetzeskonkurrenz*).

Pode com efeito verificar-se entre essas várias disposições, uma relação de subordinação — análoga àquela de especialidade e consumpção que a doutrina aponta para resolver o concurso legal ou aparente de crimes — que exclua o concurso efectivo. É o que julgamos suceder com a perigosidade política e a perigosidade dos delinquentes de difícil correcção (decs.-leis 36 387 de 1-7-1947, 37 447 de 13-6-1949, 40 550 de 12-3-1956 e art. 67 C. Pen.), ou com a perigosidade de vadios ou equiparados e dos menores que o dec. de 27-5-1911 classificava como «em perigo moral» e que hoje se situam nas categorias de «inadaptação social», «pré-delinquência», «paradelinquência»

ou mesmo «delinquência» (dec.-lei 44 288 de 20-4-1962 e art. 71 C. Pen.) e dos sujeitos ao art. 75 Ref. Pris.

Durante muito tempo a nossa lei aceitou a impossibilidade de declarar perigosos os indivíduos com base nas infracções de natureza política que cometessem. Hoje que a lei prevê e reconhece a sua «perigosidade» pensamos que esta deve manter a sua especialidade e que nomeadamente nunca se pode confundir com a perigosidade dos delinquentes comuns, tipificada no art. 67 C. Pen., nem por ela ser substituída.

O mesmo diremos àcerca da especialidade da matéria de prevenção criminal relativamente a menores, como se depreende do espírito novo informador do recente dec.-lei 44 288. Trata-se fundamentalmente de proteger o menor contra o meio ambiente ou as suas más tendências, e de prepará-lo «eficazmente para a vida». Daí que a previsão normativa estabeleça aquelas categorias que, juntamente com a dos chamados menores indisciplinados, delimitam com exclusividade a competência da intervenção da jurisdição tutelar (arts. 17 e 18 do dec.-lei 44 288).

Acontece pois que entre os referidos preceitos, aparentemente aplicáveis, há relações de subordinação com o predomínio da lei especial, e que tornam impossível a sua aplicação cumulativa.

Há uma relação de consumpção quando uma determinada perigosidade prevista na lei abrange «outra» que a lei também prevê. É manifesto que a menos ampla, a *lex consumpta*, não pode existir. Seria o caso v. g. de uma «perigosidade dos estrangeiros» que se deduziria do § 3.º do art. 71 C. Pen. mas que cada um dos diversos tipos legais apontados consome obviamente. Convém acrescentar que o art. 129 do Projecto da parte geral do novo Código Penal (*B. M. J.*, 127) não modifica o raciocínio, porquanto apenas propõe — e restritivamente aos inimputáveis — uma alternativa na estatuição.

Estes mesmos problemas de concurso de normas podem surgir no caso de sucessão de leis, mas serão então resolvidos por critérios próprios. É evidente que também nestes casos

só valerá um dos conceitos normativos de perigosidade em conflito.

Não é também de excluir que idêntico tipo de perigosidade seja reiteradamente tomado em conta pelo legislador a coberto de denominações diversas. A questão não nos parece líquida mas poderemos citar como exemplo os arts. 120, 88 § 2.º, 70 § 3.º, todos do C. Pen.

II — Concurso de perigosidades

21. Estabelecidos os critérios legais de determinação de perigosidade e afastados alguns obstáculos quanto à sua interpretação, há que ligá-los em concreto ao delinquente pois precisamos de determinar se ele pode ser simultaneamente qualificado em mais do que um tipo de perigosidade.

A qualificação, como veremos, é um dos momentos do processo da aplicação do direito que tem por fim realizar uma determinada espécie de certeza: a identificação entre o real e o normativo, que neste caso se consegue tomando como bases os sintomas da personalidade do delinquente que a lei considera reveladores de um determinado tipo legal de perigosidade.

O mais geral é o juiz através de uma actividade discricionária — *discricionariedade técnica* — fazer esta qualificação. Mas em casos excepcionais, «dada a dificuldade da prova directa da perigosidade e a inconveniência de suscitar exageradamente o arbítrio judicial, quando tenha por efeito cercear gravemente os direitos individuais, é frequente elevar alguns... sintomas mais característicos da perigosidade à categoria de pressupostos» (CAVALEIRO DE FERREIRA: *Lições*, II, p. 31). São aqueles casos a que os autores, evitados de naturalismo, chamam de perigosidade, mas que na maioria dos casos se resolve numa maior rigidez de subsunção, devida a uma melhor explicitação do conceito legal. É assim que para a declaração de habitualidade entendemos, contrariamente à doutrina mais autorizada, que em nenhum caso se faz exclusivamente *ope legis*, mas em todos, por indagação do juiz; além da principiologia da perigosidade e em geral de todo o direito penal, empurram-nos para esta solu-

ção o facto de se exigir claramente nos ns. 1.º e 2.º do § 1.º do art. 67 que os crimes sejam dolosos — matéria sujeita à indagação do juiz — e o final do n. 3.º que pela sua posição sistemática e atendendo aos princípios legais desta matéria se deverá considerar aplicável aos números anteriores; aliás só assim se evitam os inconvenientes da generalização indiscriminada que falseiam aquele mesmo fim de personalização que o direito penal visa, através deste tipo de qualificação.

Perigosidade presumida, e portanto isenta de processo de qualificação, só haverá, porventura, no que se refere à consideração dos prazos mínimos da duração da M. S. — 3 anos (internamento de segurança — art. 67 C. Penal); 2 anos (liberdade vigiada — art. 70 § 3.º C. Pen.); 6 meses (casa de trabalho — art. 70 § 2.º), etc. — ou então quando a lei faz derivar a M. S. do *quantum* da pena (art. 46 n. 2-a, cj. com o art. 61 n. 5, todos do C. Estr.); no entanto duvidamos se, neste caso, não será melhor minimizar a diferença e considerar que se trata de uma pena acessória. E mesmo quanto ao primeiro caso, se durante todo o período mínimo o indivíduo tem de estar sujeito à M. S., não se poderá inferir por isso que a lei o presume perigoso, mas tão só que a duração mínima é uma garantia de prevenção geral que a lei reputa necessária para a inocuidade completa do sujeito, e, implicitamente de impedimento de abusos do direito de acção em processo complementar.

22. O positivismo tentou, no entanto, colocar sempre um crime como pressuposto da perigosidade, atribuindo inclusivamente diversa natureza à perigosidade *ante delictum* e *post delictum*, pois só a esta atribuíam dignidade penal. O crime era considerado como sintoma da necessidade de M. S., por parte do delinquente (*Massnahme bedurftigkeit des Delinquenten* — DRESSLER). Mas no fundo — e é interessante notá-lo — não se negava a possibilidade de se determinar a perigosidade independentemente do sintoma crime: este vem a aparecer apenas como «de primária importância na determinação do juízo de perigosidade» e como «elemento revelador normal e por isso

condicionante», tudo isto fundamentado na insuficiência e incerteza dos outros sintomas.

Ao fim e ao cabo a introdução do sintoma crime aparece como um limite à qualificação pura e simples da personalidade como mero requisito de procedibilidade, atento o gravame que constitui para o sujeito que dela é objecto, portanto sem peso decisivo no resultado dessa qualificação. Actualmente, o movimento legislativo mundial processa-se no sentido da declaração da perigosidade independentemente do crime. Nomeadamente, no nosso direito penal para além dos casos de perigosidade *ante delictum* (cfr. art. 71 C. Pen.), as M. S. não constituem uma reacção contra o crime: «este não é a sua causa, mas apenas a sua ocasião». Há uma relação de mera ocasionalidade entre o crime e a aplicação de M. S.. O crime é apenas um sintoma com as características gerais próprias de sintoma: não é uma prova, mas um elemento que em conjunto com outros, pode fazer surgir a prova. E parece-nos ser este o sentido em que a lei o toma ao atribuir-lhe a categoria de pressuposto. Mesmo do ponto de vista do diagnóstico, como ensina PETROCELLI (*La Pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, 1940, cap. IV, passim) não se trata de um índice constante pois a maioria dos crimes é de delinquentes primários. O valor do crime como sintoma não está no crime em si, mas nas condições de personalidade que nele se possam manifestar. Nele não interessa a acção como exteriorização de um momento (*als Entäusserung des Augenblicks*), mas tão somente como exteriorização de um estado (*als Entäusserung eines Zustandes*).

23. Todavia, excesso puxa excesso, e nota-se agora a tendência para tombar no campo inverso e ligar apenas à estrutura caracterológica do sujeito descurando os elementos normativos que a lei pressupõe. O sujeito seria qualificado tomando como base a observação, em serviços bio-psicológico-sociais, da sua personalidade e o confronto dos índices assim apurados com tabelas classificadoras estandardizadas.

Em alguns países existem centros de observação destinados

a essa *diagnose* — *prognose* inicial, útil sem dúvida, mas só quando não se lhe dê foros de exclusividade. Entre nós já acontece o mesmo quando se levantam dúvidas sobre a integridade mental do arguido: o juiz ordenará um exame médico-forense (art. 125 C. Pen.) e homologará sem hesitar as conclusões deste exame.

Para além destes delinquentes que oferecem dúvidas quanto ao grau de imputabilidade, é muito difícil determinar quais os índices relevantes. Isto mesmo se afirma no relatório de EDUARDO CORREIA que precede o Projecto do Novo Código Penal (*B. M. J.*, 127, p. 74-75): «mesmo quando a ciência, especialmente a ciência psicoterápica ou psicopedagógica, se dê conta da necessidade de superar uma concepção causal do homem, quando o procura tratar ou ressocializar, não poderiam ainda assim os seus métodos ser impostos, sem mais, aos indivíduos, com base num puro dever de solidariedade ética de todos para com todos, ou na obrigação que cabe ao Estado de promover o bem-estar social».

Deste modo só o crime vai permitir e legimitar a devassa à personalidade do sujeito, o que comporta a substituição da orgânica processual em moldes tradicionais por uma outra que separa orgânica e temporalmente a constatação do facto e o juízo sobre a personalidade do delinquente (cfr. PAUL CORNIL: *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, ano 46-47, p. 260; MARC ANCEL: *L'individualization des mesures de sureté*; FALCHI: *Diritto penale esecutivo*; CUELLO CALÓN: *La moderna penologia*; JACINTO DUARTE: *Os tribunais de execução das penas*, in *B. M. J.*, 130, p. 89).

Porém não se deve perder de vista o critério da lei actual o qual quando defere a qualificação da personalidade do delinquente à equipa constituída pelo director da prisão, pelo médico e assistentes social e religioso, não se contenta com o diagnóstico feito, subordinando-o sempre a declaração judicial (cfr. *Boletim da Administração Penitenciária*, 1959, n. 5, p. 23).

A análise e o estudo conseguido por actuação, mais ou menos empírica, desta equipa, é apenas um parecer e não vincula o

juiz. Com efeito entendemos que não é o juízo naturalístico o determinante da qualificação, mas o juízo valorativo legal que o juiz expressa. Expliquemo-nos melhor.

24. Toda a construção jurídica que queira chegar a bom termo, não pode abstrair de que o direito e as suas relações se situam num mundo diferente do das ciências da natureza. A vida de cultura e com ela o direito, não se podem olhar sob o estreito monismo dos acontecimentos naturalísticos, cegos a valores e sentidos. A perigosidade, tal como a vimos, como fenómeno normativo que é, só pode compreender-se enquanto colocada numa esfera necessariamente referencial (*Wertbeziehung*).

Ora, entre ela e a realidade da vida há uma diferença de planos que impede a subsunção directa, e que tem de ser cumprida. A realidade em si e por si, não é subsumível senão depois de qualificada.

O *processus* é comum a todo a aplicação do direito, embora raramente se atente nele: as realidades empíricas têm de ser enriquecidas para que se situem noutro plano que não o de meros acontecimentos da vida, em que se esgotariam (Prof.^a ISABEL MARIA MAGALHÃES COLLAÇO: *Lições*). Não nos basta, portanto, ter à nossa frente um sujeito de personalidade defeituosa: temos de averiguar entre os vários tipos de perigosidade qual pode ser aplicado à situação sujeita. Mas isto só resultará, se referirmos a situação real a valores; e quem diz valores, pode dizer fins ou interesses jurídicos.

De nada nos valeria fazer esta qualificação segundo um critério exclusivamente científico, verificando, por exemplo, que o sujeito era idiota: o fosso — a tal estraneidade da natureza — manter-se-ia com todos os inconvenientes e, por isso, só um juiz disporia de elementos para fazer esta qualificação. Para além do diagnóstico seco há um juízo de valor que compete ao juiz. Esta qualificação tem de ser feita segundo um critério jurídico que consiga compreender a situação da vida. E esse critério há-de encontrar-se nas próprias valorações jurídicas que definem os vários tipos de perigosidade previstos na lei. Partindo

dos pressupostos nela estatuídos, tem de se verificar se no caso concreto existe aquela mesma probabilidade de futura delinquência que a lei considerou estar na base dos tipos legais da perigosidade.

25. É a este momento prévio de qualificação que se há-de reconduzir o nosso problema do concurso de perigosidades. Trata-se afinal de saber se é possível verificar num determinado arguido probabilidades de futura delinquência que estejam na base de mais do que um tipo legal de perigosidade.

É sabido que a unidade ou multiplicidade dos fenómenos e dos processos, tal como a dos objectos e factos, depende da sua referência a um determinado ponto de vista: consoante este varie, assim variará o resultado. Porém, as considerações feitas àcerca dos critérios que presidem à qualificação, permite-nos superar este obstáculo e abrir uma solução consequente: haverá perigosidade ou concurso de perigosidades consoante a unidade ou pluralidade de valorações jurídicas, que constituem de per si, como vimos, um critério de qualificação específico de determinado tipo legal de perigosidade.

Afirmar-se a possibilidade lógica do concurso de perigosidades é uma coisa, afirmar-se a sua necessidade jurídica é outra. Para tal temos de nos reportar aos resultados em função do objecto da qualificação: se este abarca o concurso de perigosidades, muito bem, se não abarca, há um conflito de leis que tem de se resolver.

Julga-se conveniente, portanto, classificar os critérios de qualificação em:

totais (dementes, menores, delinquentes de difícil correcção),
parciais (vadios, delinquentes políticos),
especiais (intoxicados, sexuais, inábeis, doentes contagiosos),

consoante abranjam toda a personalidade do sujeito, só parte, ou um aspecto específico dessa personalidade.

Haverá conflito quando concorrerem dois critérios de âmbito total, ou um total e outro de âmbito parcial, mas já será admissível o concurso de um critério total e outro especial. As

valorações jurídicas completam-se neste caso, pois o critério especial é apenas uma explicitação do outro, cuja maior extensão implica a perfunctoriedade da compreensão, ou melhor, da explicitação da compreensão.

Nos outros casos o concurso é impossível pois o critério parcial é incluído no critério total como a parte no todo, e dois critérios totais não se compreendem senão sob a condição de exclusão recíproca.

Nesta última hipótese, porém, importa afirmar uma regra de opção. Pode acontecer que a lei estabeleça ela mesma, uma ordem de precedência quanto ao emprego dos vários critérios, e então a sua imperatividade resolve o problema. É o que acontece com a qualificação de delinquentes por tendência, em virtude do disposto no § 2.º do art. 67 C. Pen. (cfr. no mesmo sentido o ac. S. T. J. de 5-1-1955 — in *B. M. J.*, 47, p. 173).

Poderá, no entanto, permanecer o conflito, naturalmente por as provas (pareceres de peritos ou semelhantes) serem contraditórias, mas o juiz resolverá, optando por uma ou outra qualificação. Assim, se convergirem em determinada situação concreta os estados de anomalia mental e habitualidade, prevalecerá este se os pressupostos descritos nos vários ns. do § 1.º do art. 67 C. Pen. não forem devidos à anomalia mental, mas no caso contrário, já prevalecerá aqueloutro. De resto, é terreno muito movediço a distinção entre imputáveis e semi-imputáveis, pelo que tudo aconselha a aproximar o mais possível os respectivos critérios, só os desviando em casos flagrantes como este. Aliás a própria lei reflecte estas dificuldades no sistema que adopta — aliás muito pouco claro — resultante da combinação dos arts. 121 e 147 Ref. Pris. Pode-se duvidar, é certo, da existência e necessidade desta dualidade de critérios, no caso de ser verificada uma anomalia mental num delinquente de difícil correcção (art. 73 C. Pen. e art. 3, § 1.º b) do dec. 34.553 substituído pela alínea b) do art. 92 do Estatuto Judiciário aprovado pelo dec.-lei 44.278 de 14-4-1962), uma vez que a lei, por razões de economia, pretende que toda a qualificação de perigosidade, mesmo a que se destina a modificar uma outra anteriormente feita, tenha em vista a personalidade global do

sujeito. Esquece-se, porém, a distinção legal entre os casos em que a falta de integridade mental do arguido foi posterior ou anterior às infracções consideradas pressuposto da declaração de difícil correcção (art. 130 C. P. Pen.), visto que só no caso de ser anterior há uma única valoração que abrange a totalidade da personalidade — a que qualifica o sujeito como semi-imputável.

De resto, esta questão é meramente teórica, pois pode ser resolvida com notável simplicidade no momento da execução. Com efeito a lei estabelece prisões-asilo junto dos estabelecimentos para presos de difícil correcção (arts. 122 e 128 Ref. Pris.) e faz depender a entrada dos semi-imputáveis nestas prisões-asilo da circunstância de ser prejudicial, para eles ou para os outros reclusos, a sua permanência nos estabelecimentos prisionais comuns. Pela nossa parte consideramo-la sempre prejudicial, pelo que somos de parecer que a lei, ao estabelecer o preceito do art. 123 Ref. Pris., considerou que todos os semi-imputáveis perigosos teriam de ser internados em prisões-asilo (cfr. no mesmo sentido FAVEIRO: *Prevenção criminal*, 1950, p. 149, nota 1).

26. Excluídos estes casos, haverá possibilidade de concurso entre critérios de qualificação totais e especiais, entre diferentes critérios parciais e especiais, ou ainda entre os diversos critérios especiais.

a) Quando num mesmo delinquente se verificarem características que permitam a qualificação de habitualidade e alcoolismo, deverá ser declarado simultaneamente habitual e alcoólico. Neste caso é sempre possível concorrerem os dois tipos legais de perigosidade, pois os respectivos critérios de qualificação são complementares.

b) Não pode já qualificar-se um delinquente simultaneamente como vadio e habitual (contra, BELEZA DOS SANTOS: *R. L. J.*, 72, pp. 290, 305 e ss.), mas já seria possível qualificá-lo como político e imoral (rufião) ou político e terrorista (só para efeitos de sanção é que a lei o engloba no grupo dos delinquen-

tes de difícil correcção), pois a qualificação concursal se refere, nestes casos, a dois espaços distintos da personalidade.

c) Ainda no caso do delinquente político, é possível qualificá-lo simultâneamente como intoxicado por estupefacientes, ou qualquer outro tipo de perigosidade que se subordine a critério de qualificação especial.

d) Por maioria de razão é evidente que é possível o concurso entre perigosidades especiais. Naquela hipótese que nos introduziu no tema e que foi objecto de um acórdão do S. T. J. (vd. *B. M. J.*, n. 97, p. 225) discutia-se se era possível a qualificação do ALCINO como perigoso, simultâneamente por abuso do direito de conduzir e por abuso da profissão de motorista. O S. T. J. respondeu afirmativamente, embora sem considerar o problema na sua totalidade, argumentando pura e simplesmente com a autonomia das M. S. correspondentes (ac. S. T. J., 18-5-1960).

Em todos estes casos, podemos concluir, é possível o concurso de perigosidades: um mesmo sujeito pode simultâneamente ser qualificado sob mais do que um tipo legal de perigosidade.

b) *Estatuição da norma e concorrência de medidas de segurança.*

27. A M. S. surge como o segundo termo da relação normativa sobre a qual nos debruçamos. Vem a ser a reintegração ou reparação jurídica do valor ofendido com a perigosidade do sujeito.

Mas isto não basta aos autores para a inserirem devidamente no quadro dos meios de tutela jurídica. São meios de tutela *preventiva e não repressiva*, são *medidas e não sanções*, (cfr. por todos ROCCO (Arturo): *Opere giuridiche*, 1930, III, p. 713 e ss. e PALMA CARLOS: *Medidas de segurança*, separata do *J. F.*, 26, p. 15 e ss.). É este o *punctum pruriens* da dogmática mas sem interesse de maior.

O problema consiste em conciliar as funções imperativa e coerciva do direito: a coacção quer um resultado, enquanto o

comando quer que se queira um resultado, donde o dirigir-se apenas a quem é capaz de obediência ou desobediência. Não o resolve a chamada teoria da *Doppelfunktion des Rechts* que distingue entre *normas de valoração (Bewertungsnorm)* e *normas de comando (Bestimmungsnorm)*, porque a intromissão do conceito de valoração, puramente objectiva — considerado como conformidade ou contrariedade aos escopos do direito — não tem significado senão na medida em que se ajusta ao que é feito pelo legislador. Todavia neste caso, não se pode destacar do comando jurídico, pois está insito nele. A verdade é que o direito não se esgota na fixação de comandos, como dizia a teoria imperativística (*Befehlstheorie*), no domínio do pensamento positivista voluntarista do século XIX. O jurídico no parecer dos seus mais lídimos representantes «só podia ser concebido como um comando, como um imperativo dirigido por uma vontade a outra vontade, donde resultava por um lado a exclusão de reconhecimento de quaisquer outros elementos jurídicos, por outro, a necessidade de procurar um destinatário (*Befehlsempfänger*) para o comando, com o sabido cortejo de delicadas consequências em tantos domínios» (EHRHARDT SOARES: *Interesse público, legalidade e mérito*, p. 20).

Isto nota-se sobretudo em direito penal. É sancionatório, quer directamente como consequência jurídica de determinada acção, quer mediatamente como reforço e complemento dos preceitos penais primários atrás referidos. Neste último caso o direito penal actua não sobre os crimes em si, mas sobre a reincidência ou a possibilidade de o sujeito praticar crimes.

Já o mesmo não se pode dizer acerca do seu carácter imperativo. A imperatividade do direito penal situa-se apenas no estádio dos preceitos que prevêm os crimes, mas não no dos que prevêm a perigosidade do sujeito. A lei proíbe o crime, mas não proíbe que se seja perigoso. Não se trata de comando mas de sujeição de um interesse: sujeita os perigosos a uma M. S. em razão da sua perigosidade. O preceito da M. S. é este: *o tipo de perigosidade X está sujeito a esta M. S.*

Não nos interessa saber se é sanção ou se é medida, se há

ameaça ou não há ameaça. Trata-se de uma norma jurídica e toda a norma é relacional.

Como vimos, a norma jurídica considerada na sua estrutura lógica consta de uma previsão e da estatuição correlativa. Prevê, em abstracto e em geral, hipóteses de facto classificadas por títulos e orientadas na directriz de uma valoração jurídica (*fattispecie, Tatbestand*) e atribui-lhes, como efeito, situações jurídicas correspondentes. É esta a posição normativa da M. S. Logo a norma não tem qualquer conteúdo preceptivo dirigido ao criminoso.

A M. S. é, pois, a estatuição da restrição da esfera jurídica de determinados sujeitos, com o fim de livrar a sociedade do perigo criminal.

28. O conhecimento dos princípios das M. S. é *conditio sine qua non* para a aplicação da sua concorrência. Resultando da *crise da repressão* aparecem juntamente com as penas a cobrir os delitos, mas é preciso sublinhar a sua posição subsidiária em face destas, na nossa lei actual: só poderão actuar onde a pena não for suficiente para conseguir a almejada consequência de prevenção especial.

Tais procedimentos preventivos ou cautelares são reconhecidos para atingir as superiores finalidades de equilíbrio axiológico em cada caso legal de perigosidade, e definidos por lei como categorias normativas, atendendo à proporcionalidade entre o grau do perigo e o peso do atentado à liberdade do sujeito.

Na base das M. S. está fundamentalmente uma medida terapêutica, de educação, de correção, de cura, até de eliminação, que tem por fim evitar a futura delinquência daquele a quem é aplicada. Deve por isso adequar-se à perigosidade especial do sujeito. É o maior esforço para a consecução daquele ideal de subjectivação ou personalização do direito penal, «em que não só o *se* mas também o *quantum* e o *como* da punição estão ligadas a um determinado modo de ser do agente» (E. CORREIA: *Direito criminal*, 1953, p. 194). A individualização da M. S., ao contrário da pena, não pretende retribuir mas preve-

nir, isto é, eliminar as condições subjectivas e objectivas que determinam a vocação do sujeito para a prática de crimes futuros. A terapêutica redundante afinal em profilaxia da criminalidade.

Certo é, porém, que a realização total desta ideia se mostra impraticável, devido às limitações inerentes ao respeito pelo homem que o nosso direito consagra. A actuação preventiva, baseada no estado perigoso da pessoa, tem de ser rodeada de toda uma série de cautelas e cuidados destinados a evitar arbitrios e atropelos.

Transportando-nos ao plano sobre que opera o direito, idealmente sobreposto ao da realidade social, entrevemos a expressão dessas mesmas dificuldades e compromissos. A estatuição correspondente a um determinado tipo de perigosidade é indeterminada, quase imprecisa. A norma fez-se espelho destas dificuldades de aplicação e é ela própria a prever em muitos casos, para preencher o fim que se propõe, um dispositivo hesitante, elástico em demasia, constituído por uma amálgama de M. S. pouco determinadas que podem ser alteradas e substituídas reciprocamente na sua aplicação, sem cuidar de definir uma moldura legal limitativa, sobretudo no caso de tais M. S. envolverem a privação da liberdade.

29. Assim não nos admira que a lei preveja, muitas vezes, mais do que uma M. S., todas correspondendo a um determinado estado de perigosidade.

Em alguns casos essa multiplicidade é aparente e desaparece através de uma interpretação correcta. Sucede assim em hipóteses de sucessão de leis em que uma revoga a outra, applicando-se por consequência a M. S. estabelecida na lei posterior. Existe abundante jurisprudência exemplificando esta particular concorrência aparente de M. S. a propósito do art. 5 da lei de 20-7-1912 e do art. 109 da Ref. Pris., dec.-lei 26 643 de 28-5-1936 (cfr. *Colecção Oficial*, 37, p. 268, e 38, p. 431).

Não há também concorrência nos casos em que a lei, por lapso, denomina diferentemente e em lugares distintos, uma

mesma M. S. Assim sucede quanto à decantada «especial vigiância de polícia» a que se refere o art. 213 do C. Pen., resquício de anteriores modelações do Código e que hoje foi substituída pela «liberdade vigiada» (art. 70, n. 3.º, § 3.º, C. Pen.).

Existe porém concorrência efectiva na hipótese do art. 175, § 1.º do C. Pen. em que se permite que sejam aplicadas, separada ou cumulativamente, as seguintes M. S.: caução de boa conduta e liberdade vigiada. (No mesmo sentido, mas referido a hipótese diversa cfr. § 2.º).

A concorrência de M. S. pode ser assim *alternativa* e *cumulativa*. Será *sucessiva*, quando uma M. S. se junta a outra como modalidade da sua execução, v. g., a expulsão do estrangeiro (§ 3.º do art. 71 C. Pen.) e a liberdade condicional quando *necessária* — arts. 92, 119, 135, 162 § 2.º e 170, todos da Ref. Pris. (Cfr. neste sentido BELEZA DOS SANTOS: *Os tribunais de execução das penas em Portugal*; ANTÓNIO CABRAL DE MONCADA: *Liberdade condicional*). Seria ainda o caso da substituição de M. S., previsto no art. 72 do C. Pen., se se entendesse — embora abusando do logicismo jurídico — que as M. S. aplicáveis em segunda linha são conjuntamente previstas com as iniciais, ainda que sob condição suspensiva.

30. Levanta-se, no entanto, o problema de saber se não se trata, em todas estas hipóteses legais, da estatuição de uma única M. S., cujos elementos teriam a particularidade de serem, por sua vez, tipificados na lei como M. S.. O problema transcende a mera questão de terminologia: M. S. ou elemento de M. S.. Permite-nos orientar naqueles casos em que a lei acrescenta ao conteúdo típico de determinada M. S., outros efeitos e consequências devidamente discriminadas (cfr. quanto à M. S. de interdição do exercício de profissão, o n. 2 do art. 7 do dec.-lei 41.204 de 24-7-1957). Se são considerados meros efeitos da M. S. ou seus elementos, têm lugar em virtude da lei, independentemente da qualquer declaração na sentença condenatória, tal como dispõe o art. 83 do C. Pen., que deve considerar-se aplicável às M. S.. Se são considerados M. S., têm de ser, pelo contrário, objecto de declaração autóno-

ma tornando-se-lhes aplicáveis os princípios reguladores da concorrência. Contra esta tese poder-se-ia argumentar com a tipicidade do elenco das M. S. do art. 70 C. Pen., mas tal enumeração não é taxativa (cfr. 71, § 2.º C. Pen., além de outros tipos legais, alguns dos quais já indicados). Em todo o caso parece-nos argumento de valor o dizer-se que é assistemático, e que portanto infringe a lógica jurídica, o considerar-se, lado a lado, num mesmo instituto a parte e o todo. Por isso uma M. S. que, como tal, foi considerada numa dada relação, não pode perder as suas características de integralidade quando associada a outra, numa estatuição geral. A organização dos institutos é condição mínima da possibilidade da ciência do direito. Se acreditamos nela temos de pressupor em cada instituto jurídico, por menos medular que seja, uma ordem para integrar o seu conteúdo.

Mas de qualquer maneira, apesar da diferença de regime quanto à declaração judicial, a consequência jurídica pouco differia; creio mesmo que no caso ventilado se teria de lançar mão, precisamente, da disciplina da concorrência.

Note-se, a terminar, que a mera análise literal, patenteia apreciáveis diferenças susceptíveis de nos conduzirem directamente à solução proposta da pluralidade de M. S. em concorrência. É o que acontece nas situações previstas no art. 175 do C. Pen. e no art. 7 do dec.-lei 41.204. Com efeito é suficientemente esclarecedor o facto de a lei só naquele prmitir a aplicação alternativa de ambas as M. S.: ora se são mandadas aplicar singularmente é porque se trata de M. S. verdadeiras e próprias.

31. Pode no entanto a lei estabelecer como previsão de diversas M. S. aquilo que ela, embora admitindo pressupostos diversos, tipifica num único estado de perigosidade. A hipótese é, repare-se, diversa do concurso ideal de perigosidades, e pode reduzir-se quer a um caso de concorrência cumulativa de M. S., quer a um outro de concorrência alternativa. Simplesmente em vez de serem estatuídas na mesma disposição, aparece cada uma de per si, em preceito diverso, porventura em diploma separado. É o que succede com a M. S. de inibição do direito de conduzir,

disposta no art. 61 n. 1 b) do C. Estr. e com a M. S. de internamento de desintoxicação mandada aplicar pelo § 2.º do art. 71 do C. Pen. Visam em geral a perigosidade derivada do alcoolismo, mas pressupõem: a primeira, a mera insegurança na condução; a segunda, a prática de um crime. De qualquer maneira a especialidade não vem a ter qualquer repercussão no regime jurídico da concorrência.

32. A situação inversa também é possível, isto é, a diferentes estados de perigosidade corresponder uma mesma M. S. Só nos interessa, como é óbvio, o caso de um mesmo sujeito ser objecto de uma qualificação múltipla. Assim pode acontecer *v. g.* com os vários tipos de perigosidades sancionados com a liberdade vigiada (vd. § 4 art. 70, ns. 3, 4, 5 e 6 do art. 71, arts. 176, 213, etc. todos do C. Pen.) ou com o internamento em estabelecimento adequado por período indeterminado de 6 meses a 3 anos, prorrogável por períodos sucessivos de 3 anos, aplicável quer aos que fundam associações de carácter comunista, quer aos que utilizam o terrorismo como meio de actuação (dec.-lei 40.550, art. 7 n. 1). Supondo que determinada pessoa fundou um agrupamento ilegal e praticou actos de terrorismo, *quid juris?*

A concorrência em casos como este é meramente ideal. Aliás da própria indeterminação da M. S. se infere a não concorrência: há apenas reiteração da mesma M. S., o que se reduz a uma única M. S. que perdurará enquanto *for conveniente* a segregação da vida social da pessoa visada, ou, o que é o mesmo, enquanto não se operar a sua ressocialização.

Mas, para além da injustificável indeterminabilidade legal desta M. S., tal doutrina deriva da sua própria natureza e do escopo que se propõe. Assim a doutrina mantém-se se considerarmos o internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola, aplicável a vadios (art. 6 do dec.-lei 40.550) e a prostitutas (art. 1 n. 3 do dec.-lei 44.579 de 19-9-1962) — dois tipos de perigosidade distintos — cuja duração foi limitada por lei a três anos, duração máxima do internamento, considerada suficiente

para a realização do fim de readaptação social, se efectivamente procurado (cfr. n. 3 do preâmbulo do dec.-lei 40 550).

c) *Conclusão: fontes de concorrência de medidas de segurança*

Há, pois, concorrência de M. S.:

- I — Quando a personalidade de um sujeito é susceptível de ser qualificada sob mais do que um tipo de perigosidade e a cada um não corresponde a mesma M. S.
- II — Quando a um único tipo de perigosidade a lei faz corresponder mais do que uma M. S.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS GERAIS

a) *Concorrência em geral*

33. Os casos de concorrência são, na vida do direito, coisa trivial: aqui e acolá nos mais variados ramos jurídicos, eles surgem sempre que alguém com o seu comportamento preenche os pressupostos de facto que desencadearão a aplicação de várias estatuições legais.

A sua frequência faz até com que só notemos estes casos, quando problemáticos, por as várias aplicações se entrecarem ou a legitimidade ou conveniência de uma cumulação se apresentar muito duvidosa.

É o que sucede no caso das M. S.

34. Em teoria geral conseguimos apurar três métodos de solução para os problemas de concorrência. O mais normal é o emprego cumulativo das várias estatuições concorrentes. Mas se uma das estatuições torna as outras desnecessárias, deve optar-se pela absorção, na estatuição mais adequada, das outras consideradas supérfluas. Finalmente pode considerar-se a solução intermédia: todas são aplicáveis mas com modificações

recíprocas, susceptíveis de abrandar as anomalias mais gritantes.

b) *Concorrência de medidas de segurança*

35. Os casos de concorrência de M. S. que já foram por nós referenciados na página anterior, surgem-nos eivados de toda uma problemática, e a verdade é que já começa a haver quem se debruce sobre eles, ainda que ao jeito de glosa. A doutrina, quer a alemã, quer a italiana, o cognominam respectivamente de *concorrência real* (I) e *ideal* (II), com certeza levadas — e é a única razão plausível que encontramos — pela geral consideração que a estes termos é tributada no nosso planeta jurídico, coisa tanto mais valiosa quanto se destina a consagrar problemas recém-descobertos, mas aos quais já se augura longa vida.

Esquece-se, porém, a ambiguidade de tais expressões relativamente às situações que procuram distinguir. Com efeito, se atendermos ao respectivo abstracto normativo, ambos os casos são de concorrência ideal. Numa perspectiva substancialista, pelo contrário, existe neles o mesmo problema da concorrência real sobre uma pessoa, das várias restrições comandadas por cada uma das M. S. a que está sujeita.

36. Além disso, uma tal terminologia aproxima-nos, insensivelmente, do concurso real e ideal de crimes e da conseqüente concorrência de penas, com a inevitável tentação de não só afinarmos pelo mesmo diapasão, como também estabelecermos laços de estreita solidariedade.

Ora os casos são independentes. A concorrência de penas ocorre quando um sujeito, através de uma ou várias acções, preenche os pressupostos de facto de vários crimes, desencadeando-se as estatuições das respectivas penas. A concorrência de M. S. baseia-se em princípios diferentes: há um único objecto, a personalidade do delinquente, e é sobre ela que se moldam as diferentes M. S., consoante a sua qualificação nos diferentes tipos de perigosidade.

Mesmo naturalisticamente não se consegue isolar uma única vivência de perigosidade. É uma atitude, um modo de ser da personalidade, sem dimensões fácticas, que não é delimitável historicamente.

Por isso mesmo pouco temos extravasado da idealidade normativa, quer quanto aos critérios sugeridos, quer quanto às próprias bases de investigação. E é neste mesmo campo que continuaremos.

Se a concorrência de M. S. não tem sede naturalística, mas tão somente normativa, como verificámos anteriormente, a sua solução tem de se encontrar num contexto de aplicação do direito.

No caso de concorrência de penas, a solução do cúmulo jurídico das penas (art. 102 do C. Pen.) surgiu em atenção a que o multiplicar incontrolado do sofrimento acabaria por frustrar a própria finalidade da pena. Na concorrência de M. S. o problema não é de duração das várias medidas mas da sua perfeita adequação à personalidade do sujeito, no sentido de eficácia para eliminar o perigo de futura delinquência. Revela agudeza a observação impressiva de DRESSLER (*Massnahmenkonkurrenz im Schweizerischen Strafrecht*, Basel, 1947, p. 2) de que a concorrência de M. S. se coloca na *parte especial* dos códigos e não na *parte geral*, como sucede com a concorrência de penas.

Esta pode ser prevista e enquadrada através de directivas gerais; aquela está indissolúvelmente ligada à aplicação em concreto, sendo assim insusceptível de determinação dentro de uma moldura complexiva.

37. Como solucionar os problemas de aplicação originados pela concorrência de M. S.? Não podemos esquecer todos os nossos anteriores considerandos, metodológicos e substantivos: há que atender fundamentalmente às modalidades de concorrência e aos vários tipos de M. S. concorrentes, isto tudo dentro do contexto geral dos princípios que presidem à aplicação de M. S. e do direito em geral.

(continua)