

CONCORRÊNCIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA (*)

por Rui Pena
Advogado

CAPITULO IV

APLICAÇÕES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

a) *Aplicação do Direito*

38. A aplicação do direito traduz-se, para além da simples actividade interpretativa, na subsunção da hipótese real, tal como nos é fornecida pela vida (*Sachverhalt*), ainda não depurada pela abstracção, na hipótese ou previsão legal abstracta e típica (*Tatbestand*), no modelo, digamos assim, a que se chegou por via interpretativa ou integrativa (cfr. entre outros CALAMANDREI, *Studi sul processo civile* — I, 1930, pp. 21 e ss.

Dada a estrutura da norma, à subsunção do facto, ou da situação de facto, na sua hipótese ou previsão, está aliado o reconhecimento efectivo da provisão correlativa.

À fase predominantemente intelectual, *accertativa* que é a da adaptação da *fattispecie* concreta à *fattispecie* abstracta, normativa, segue-me uma fase predominantemente volitiva, dispositiva, que é a produção do efeito jurídico concreto, tam-

(*) Continuação do ano 25, p. 64.

bém de harmonia com a estatuição abstracta. A *qualificação* segue-se a decisão ou *provisão*, como fases distintas de um mesmo *processus* de aplicação do direito.

Só a decisão concreta é dinâmica e viva. O seu conteúdo não deriva lógico-dedutivamente da norma, mas é antes, por assim dizer, criação de direito, criação moldada pelo valor a que aquela relação normativa geral e abstracta está referida. A decisão é mais realização deste valor do que dedução racional da norma. A esta, essencialmente, apenas está ligada uma função de controlo por semelhança.

Reconhece-se assim que entre a norma e a sua aplicação medeia um vão, aliás determinado pela necessidade de concretização do preceito geral — que vem a ser preenchido pela discricionariedade do julgador.

39. A norma jurídica, como vimos, tem uma estrutura relacional: consta de uma previsão e de uma disposição correlativa. Logo que surja concretamente um facto que com o seu circunstancialismo se adapte ao tipo de pressuposto contemplado, funciona o nexo que a norma estabelece, de modo hipotético entre aquele tipo de pressuposto de facto e a correspondente disposição, isto é, produz-se a nova situação jurídica que previamente se estatuiu. É este o esquema idealista de dinamização da norma, segundo um processo automático, comparável à causalidade natural — denominam-no, por isso, de *causalidade jurídica*, e às novas situações que se produzem, de *efeitos jurídicos*.

Na realidade, porém, não há dinamização da norma que possa operar, como tal, senão quando se determine em alguém uma actividade psicológica adequada para traduzir em concreto o efeito jurídico que daí se segue; actividade que redundará num juízo sobre o produzir-se desses efeitos.

Tem pois de se estabelecer uma ponte entre o real e o ideal, o social e o normativo — é o juiz. Cabe-lhe subsumir na norma os factos sociais e converter o resultado em execução prática. A sentença, e sobretudo a sentença penal que colide com preo-

cupações muito importantes de defesa da liberdade física, não é um pedaço de lógica mas uma obra humana.

O direito pode criar um sistema harmonioso de categorias objectivas perfeitas quanto à sua justiça, mas se esse sistema vem a ser aplicado por um homem, o direito valerá afinal, como diz COUTURE (*Introdução ao estudo do processo civil*, in *J. F.*, 1952, p. 50), o que valer esse homem, não — é evidente — o homem animal, mas o *homo juridicus*, inserido como partícula no próprio direito e agindo como direito. Assim deve ser o juiz. Esta inserção só se consegue pela estreita regulamentação da sua actividade, de molde a aproveitar a sua força criadora e dimensão humana, mas sem pôr em xeque a segurança do direito — é a função do processo.

40. Se assim é na normalidade dos casos, mais se acentua no campo das M. S. em que o juiz tem ainda de suprir a geral imperfeição da lei.

Vimos já a propósito dos tipos de perigosidade, que nem sempre a previsão era nítida: casos há que a lei conseguiu recortar com nitidez, outros em que se contenta com uma caracterização demasiado perfunctória, mesmo depois de convenientemente interpretadas e integradas as disposições.

Interpretar é buscar as soluções normativas para relações *consideradas em abstracto*, quer relações previstas na lei, quer relações que o legislador esqueceu ou que o progresso da vida jurídica pôs perante os olhos do intérprete. Mas pode acontecer — e o nosso campo é fértil em exemplos — que apenas se obtenha uma «solução em branco».

Dada a correlação normativa, por demais salientada, entre a perigosidade e a estatuição de M. S., pode inferir-se que a imprecisão dos alvos leva naturalmente a uma indeterminação das estatuições legais que visam atingi-los. Efectivamente, só em muito poucas hipóteses a lei se aventura a prescrições expressas, e quando o faz, as mais das vezes não é por estar absolutamente certa da harmonia e justiça da relação que dispõe, mas por considerar que qualquer uma é melhor do que nada —

curando deste modo apenas da sua utilidade quanto ao interesse público. Na maioria das hipóteses, porém, a lei conta com o criterioso arbítrio do juiz para a fixação da relação balizada, apenas nos vértices, por bandeirinhas de legalidade expressa. E fá-lo na convicção de que o juiz elegerá a medida a empregar, sob a representação da ideia de servir o melhor possível o escopo que as M. S. visam atingir.

41. O juízo jurídico apresenta dificuldades, que vão sendo superadas progressivamente segundo um método que se reduz a uma tramitação adequada (*processo*), conducente à certeza. Esta, porém, é um resultado, que, como resultado, é meramente formal: refere-se mais ao esforço para conhecer do que ao conhecimento, como diz algures CARNELUTTI. Esse máximo atingido não exclui que outros não possam superá-lo, dado que é relativo às forças cognoscitivas de cada um. Por isso mesmo a lei impõe em alguns casos, a composição colegiada do tribunal e permite, inclusivamente, a repetição do juízo, por órgão diferente. Quando vários homens são chamados a julgar sobre o mesmo objecto, a coincidência dos pareceres torna mais provável a sua exactidão que mais não é, afinal, do que a conformidade com o sentido comum.

Mas para além do seu carácter formal e relativo, a certeza difere substancialmente consoante o tipo de juízo em que é atingida. Na qualificação, a certeza é de natureza cognoscitiva, racional — tende para um limite de identidade com o termo ideal a que se refere; na provisão, a certeza é emocional, intuitiva, é eficácia — tende para um limite de Justiça: aquela que informou a própria relação normativa. Por outro lado, por efeito da estrutura relacional da norma, há entre as duas certezas uma relação de dependência: a certeza da provisão depende de se ter atingido a certeza na qualificação.

- b) *Aplicação de medidas de segurança ou, como diria FROSALI, de normas de segurança*

Olhando a aplicação de M. S., o respectivo juízo jurídico,

apresenta determinadas especialidades, quer quanto à *qualificação*, quer quanto à *provisão*.

Daquela já falámos: a certeza é identidade entre a mera probabilidade de delinquência futura por parte do sujeito, induzida sintomatologicamente da sua vida progressa, e um tipo legal de perigosidade, que em si mesmo é também o termo ideal de uma mera probabilidade.

Referir-nos-emos agora à *provisão*.

42. O fim a atingir é, em primeiro plano, a *segurança* em face da delinquência do sujeito. A cura do delinquente ou a sua emenda constitui a melhor realização deste fim e a sua justificação, mas fica relegada para segundo plano.

É a realização deste escopo que dá conteúdo à certeza neste particular juízo jurídico.

Mas como o meio escolhido importa um atentado mais ou menos grave à esfera jurídica do sujeito, nomeadamente à sua liberdade pessoal, a lei vinculou o juiz a uns tantos tipos de perigosidade e a um número restrito de M. S. expressos na lei. O seu número restrito e o princípio da legalidade, ao lado dos termos demasiado vagos com que são caracterizados, e que o legislador foi o primeiro a favorecer, constituem uma mera transigência com os princípios informadores das raízes do nosso direito.

Deste modo a lei e o juiz formam um composto harmónico e só há vantagem em trilhar pelo caminho da divisão de trabalho entre uma e outro.

43. A certeza na estatuição de M. S. depende da certeza na qualificação da perigosidade. Esta é um mero juízo de probabilidade, quer considerando a sua natureza de previsão — e ainda por cima da personalidade humana, sujeita naturalmente a uma modificação — quer admitindo mesmo o erro inicial na qualificação, coisa que também se afigura natural se considerarmos o seu objecto. Logo a certeza da M. S. é também uma probabilidade.

A declaração final do juízo, a sentença, mesmo quando perfeita, traduz ao fim e ao cabo também uma mera probabilidade.

A sentença, como sentença, tem de ser certa, mas só formalmente. O seu conteúdo, esse pode ser variável, procurando adaptar-se em cada momento à mais certa qualificação do sujeito, evitando a disparidade entre esta e a provisão, sua variável dependente, como vimos.

A sentença tem assim em cada momento tão só um carácter provisório.

Para se admitir esta característica da sentença que decreta a M. S. basta considerar a futuridade que ela se destina a expressar e a indeterminação do juízo jurídico em que se traduz a aplicação da M. S., independentemente de considerações à volta da sua natureza como faz a maioria da doutrina italiana, que resolve todos os problemas conexos com M. S., remetendo para o Direito Administrativo.

44. Entendem os italianos que a autoridade de caso julgado apenas se deve reconhecer às partes da sentença que têm carácter jurisdicional e não se estende às M. S. que são de natureza administrativa. Quanto a estas, o juiz apenas emite um provimento de ordem administrativa que pode, portanto, facilmente modificar e substituir (cfr. arts. 90 e 635 C. P. Pen. italiano e sent. tribunal Nápoles de 9-5-1949, in *Giustizia Penale*, 1949, III, col. 308).

Dado os interesses a que estão conectadas as M. S., entendemos que nunca poderão ter natureza administrativa. A sua jurisdicionalização não é meramente formal, sendo descabidas, por consequência, todas as tentativas que visam cindir, no plano de aplicação das M. S., a estrutura e a função, reconhecendo que, neste caso, os órgãos investidos da função jurisdicional exercem, com a forma própria do processo uma função diversa, que é precisamente, dizem eles, a administrativa.

Também a autoridade administrativa, tal como o juiz, aplica a norma, comanda, julga nomeadamente, pois a aplicação do direito não é mais do que um juízo lógico referente à corres-

pondência entre a situação real e a situação posta pela norma. Mas a autoridade administrativa, ao contrário do juiz, julga e comanda para a prossecução de um interesse em conflito, não para a composição do conflito em si, neste caso entre a segurança pública e a liberdade da pessoa; trata-se de um juízo e comando de parte, e não imparcial, visto que a autoridade administrativa é um dos sujeitos em conflito.

Na base da aplicação das M. S. há muito mais do que um mero controlo de legalidade ou conveniência; há um verdadeiro conflito de interesses. Se o seu fim é a estatuição de M. S. se a M. S. pressupõe a perigosidade, se a perigosidade é a relevância de uma eventual ofensa da sociedade através da prática de crimes, não nos restam dúvidas quando consideramos o *processus* de aplicação das M. S. como uma mera especialidade do processo penal. E para este já há consenso quanto a encerrar um conflito de interesses.

De resto, basta observar o seu desenvolvimento para notarmos esse contraste entre os dois sujeitos do crime hipotético *de quo agitur*: a parte lesada, representada por metonímia pela sociedade, e o arguido. Este contraste determina toda a fase de instrução e só se compõe com a decisão.

45. Ouvem-se aqui e ali vozes autorizadas que defendem a analogia entre o processo penal e o processo civil de interdição ou inabilitação.

A mais importante entre as consequências desta rectificação da teoria do processo penal seria a substituição do caso julgado, próprio do processo contencioso, pela resolução (*autorizzazione*) própria do processo de jurisdição voluntária, com a possibilidade de revogar e modificar a condenação segundo os resultados a obter com a experiência da expiação (art. 1.411-1, C. P. C.).

É o que sucede, v. g., na regulação do exercício do poder paternal (art. 1.412 e ss. C. P. C.), que abrange o destino dos menores, a fixação dos seus alimentos e a forma de os prestar. Mas neste caso é a lei que impõe ao juiz a prossecução do inte-

tesse do menor e só o dele: o juiz ao fixar por exemplo, o destino do menor, procederá com desvio do poder, se levar em conta, na decisão, o interesse do pai ou da mãe. São casos de «duas representações do mesmo interesse», como os denomina MANUEL DE ANDRADE. A legislação está ela mesma informada por esse princípio que há-de traduzir-se, necessariamente, na aplicação.

O contrário sucede com a aplicação de M. S. que a lei liga a altas indagações de natureza humana à volta da pessoa e da sociedade, cuja igualdade ideal estabelece, de forma a permitir um conflito — conflito que terá de ser resolvido por um juiz super-partes. Simplesmente, este facto não conduz necessariamente à admissibilidade do caso julgado.

Não há qualquer solução de necessidade lógica ou jurídica entre processo contencioso e caso julgado, nem, tão pouco, entre processo gracioso e modificabilidade da decisão.

46. Aliás é hoje geralmente aceite que o caso julgado não se pode reconduzir a uma pura categoria, a um conceito apriorístico da ciência do direito penal (NAGLER: *Rechtsgraft und Ergänzungsklage im Strafprozess*, cit. por EDUARDO CORREIA: *Caso julgado*, 1948, p. 5).

O fundamento do caso julgado é eminentemente pragmático: garantir a certeza e a segurança do direito. Por isso faz-se sentir a sua imodificabilidade com mais rigor em processo civil do que em processo penal por sua natureza vertido para a Justiça real e dificilmente acomodaticio às ficções de segurança, obtidas à custa do sacrifício de valores morais essenciais (CAVALEIRO DE FERREIRA: *Curso de processo penal*, III, p. 38). É que a sentença de condenação penal tem, tipicamente, carácter constitutivo: mais do que a mera declaração (*ascertamento*), é determinação autónoma da responsabilidade, sobretudo nos casos em que a lei deixa ao arbítrio do juiz a fixação da qualidade e quantidade da sanção, para uma sua melhor individualização. E hoje não há dúvida que a maioria dos juristas se apercebeu de que institutos como os da liberdade condicional, a própria M. S.

por tempo indeterminado, a prorrogação da pena de prisão ou prisão maior a delinquentes perigosos, de difícil correção ou indisciplinados, a sentença indeterminada (ou pena indeterminada como querem alguns), postulam irrefutavelmente a abolição do caso julgado penal (CARNELTUTI: *Lezione sul processo penale*, p. 108; JACINTO DUARTE: *Os tribunais de execução das penas*, in *B. M. J.*, 130, p. 133).

Não são estranhos ao direito penal nem o processo dispositivo nem tão pouco o juízo de equidade, já que esta não é mais do que a justiça enquanto enformada num comando concreto e adequado ao caso sujeito. Mas se na aplicação de penas a adequação se faz em relação a um facto, na aplicação de M. S., pelo contrário, faz-se em relação a um estado que se prolonga no tempo. Esta tem uma finalidade que transcende a mera reparação de um facto concreto anterior, pois visa reparar o estado de perigosidade do sujeito, que não se expressa num juízo *a posteriori*—é algo que consideramos no presente mas que vemos projectado no futuro. A aplicação de M. S. faz-se ordenando matérias relativas ao futuro, pelo que dificuldades inerentes a toda a previsão podem impôr a sua revisão a fim de que permaneça, passo a passo, a adequação à personalidade do sujeito, verificada inicialmente.

A sentença põe termo ao processo e dá lugar à formação de caso julgado formal, à simples preclusão dos recursos ordinários (irrecorribilidade, não impugnabilidade). Acontece assim no processo contencioso e também no processo voluntário.

Mas isto não obsta, e sobretudo no último, a que a matéria da decisão seja diversamente apreciada em novo processo pelo mesmo ou outro tribunal — e quem diz em novo processo pode dizer, em reabertura do primeiro, através de um expediente do tipo revisão. Não se define de modo inalterável a situação jurídica material das partes, no sentido de que, para todos os efeitos e em relação a todas as autoridades, tem de valer como certo, ser determinada situação tal como foi uma vez definida. Ora não se pode admitir que essa situação de perigosidade

exista sempre nos precisos termos em que foi primeiramente declarada.

Existe como que uma cláusula *periculis sic stantibus* nesta declaração judicial, que move nesta matéria um especialíssimo ramal da teoria da imprevisão, e lhe dá a assinalada característica de variabilidade de conteúdo.

47. Razões de vária índole impediram durante muito tempo o reconhecimento do carácter indubitavelmente processual da execução penal. A sua complexidade e a multiplicidade de formas e instrumentos — muito superiores em confronto com o processo civil — conduziram ao separatismo deste ramo de direito, separatismo que tem o seu índice na própria denominação de direito penitenciário.

A sua unidade, contudo, tem, entre outras, a vantagem de explicar a maleabilidade da execução penal dentro de um horizonte estritamente jurisdicional, sem atendermos a solicitações administrativas, desejosas de alargar o seu âmbito a matérias contundentes da liberdade da pessoa. Se a execução é o processo necessário à actuação do comando judicial torna-se evidente que é percorrido pelos mesmos princípios que apontámos para o processo cognitivo. A actuação do comando judicial processa-se, *grosso modo*, de forma muito semelhante à que estabelecemos para a aplicação do direito. O juiz deve compartilhar com o órgão executor da tarefa da personalização do direito penal. Este último tem também a sua palavra a dizer; fá-lo a instância do juiz, e ainda para além de qualquer solicitação, embora dentro dos quadros gerais do dispositivo da sentença.

Se o processo penal na fase de cognição tende a constatar uma deficiência na personalidade do sujeito arguido e a prescrever-lhe o remédio — para nos referirmos apenas ao nosso campo — é só através da execução que se consegue colmatar essa deficiência. E nesta age-se com grande liberdade, procurando amoldar cada uma das medidas estatuidas ao sujeito a que se destina, experimentando as várias modalidades que o contorno legal de cada uma consente.

Deste modo o órgão executor tem de se subordinar àqueles princípios fundamentais de aplicação de M. S., de ponderação entre o interesse público da segurança e o interesse da liberdade do sujeito e da eficácia terapêutica da M. S.

Isto faz com que uma determinada M. S. só se aplique quando absolutamente necessária e, por extensão, que ela só se mantenha enquanto essa necessidade subsistir. Por outro lado, quando por defeito da estatuição ou por modificação do estado de perigosidade do sujeito, se verificar a sua ineficácia deverá procurar-se substituí-la. Quer a cessação, quer a substituição das M. S., dados os interesses em que tocam, implicam uma nova declaração judicial. Mas a alteração só se fará quando não for possível, através da personalização da execução, manter a realização da sua finalidade.

Entre cognição e execução há, no entanto, uma diferença fundamental no que respeita ao entendimento daqueles princípios, acima referidos. Na primeira fase são entendidos sob um ângulo centrado no valor que preside à relação normativa que se aplica. Na segunda o ângulo é eminentemente técnico. E esta anotação não é inconsequente, como veremos, quanto ao problema da aplicação de M. S. concorrentes no nosso direito.

c) *Regulamentação legal*

48. Há no nosso direito três vias de aplicação das M. S. — excluindo o processo anômalo da providência administrativa, e o processo gracioso da concessão da liberdade condicional quando esta seja facultativa — conforme o § 4 do art. 71 do C. Pen., a saber: processo penal, processo de segurança e processo complementar.

Para as M. S. aplicáveis pelos tribunais de condenação, o processo utilizado é normalmente o processo penal.

O processo de segurança é privativo do T. Ex. Penas (dec.-lei 34.553). Todavia o dec.-lei 35.042 de 20-10-1945, veio permitir que se usasse o processo de segurança no tribunal de condenação (art. 23 § 4), isto porque, relativamente aos vadios

e equiparados se passou a aplicar a M. S. independentemente da prática de qualquer crime (cfr. art. 71 C. Pen.). Mas como se manteve a competência dos tribunais de comarca para julgamento dos vadios, quando na sua área não existisse T. Ex. Penas, o § 4 do art. 23 do dec.-lei cit. 35.042, mandou que neste caso o tribunal competente seguisse o processo de segurança.

O processo complementar, esse só é seguido no T. Ex. Penas: destina-se a verificar a manutenção, alteração ou cessação da perigosidade anteriormente declarada, quer em processo penal quer em processo de segurança.

O art. 19 do dec.-lei 35.531 prevê ainda uma outra forma de processo — o gracioso — que se destina à concessão de liberdade condicional que não deva ter lugar em processo complementar, da reabilitação e do indulto (art. 22). O simples enunciado do seu âmbito de aplicação é suficiente para nos indicar que nenhuma implicação tem com o nosso estudo, visto nele não ser nunca possível considerar, no estado actual da nossa legislação, qualquer hipótese de concorrência.

49. Segue-se o processo penal naqueles casos em que a perigosidade é patenteada por um crime.

A lei não indica a forma como há-de ser feita a qualificação de perigosidade em processo penal, pelo que esta depende simplesmente ou do critério de quem pede ou de quem decreta a condenação penal. No entanto a Ref. Pris. nos § 1.º e § 2.º do art. 109 (cfr. § único do art. 110), a propósito dos habituais e dos delinquentes por tendência, refere-se incidentalmente ao respectivo processamento. Parece que tal declaração, e é esta a única especialidade a anotar, pode ser proferida independentemente de promoção do M. P. Neste sentido além da literalidade e da lógica das disposições, impõe-se-nos o paralelismo com o processo de segurança.

Sendo assim, como salienta E. CORREIA (*Caso julgado*, cit., p. 169, nota), dada a máxima do contraditório a que se subordina o nosso processo, importa salvaguardar as garantias de defesa do arguido, «adiando se for caso disso a audiência pelo

tempo indispensável, de modo a assegurar ao acusado o seu direito de defesa, coisa que nunca lhe pode ser negada». Aliás isto mesmo é confirmado pelo art. 52 do dec.-lei 35.007 de 13-10-1945 que embora respeitante à aplicação provisória de M. S., por maioria de razão se deve estender à aplicação verdadeira e própria excluído, é claro, o seu § 2, directamente relacionado com a transitoriedade das medidas a aplicar.

No entanto o M. P. deve normalmete promover essa declaração (cfr. art. 123 Ref. Pris.). Por isso durante a instrução preparatória do processo, deve o M. P., conforme resulta do art. 158 do C. P. Pen., investigar os antecedentes, circunstâncias de facto e estado psíquico do agente — tudo afinal o que respeita aos pressupostos das M. S. — matéria que deverá incluir na acusação possibilitando a defesa do arguido. Pode mesmo o M. P. promover essa declaração em qualquer altura da causa, até ao trânsito em julgado, devendo também neste caso ser dadas as devidas garantias de defesa à outra parte. (Vd. o art. 456 C. P. Pen. e o § 2 do art. 109 Ref. Pris., que na sua segunda parte deve ser conjugado com o art. 3, n. 1 do dec. 34.553. Tudo aliás depende do entendimento do n. 1 do art 3, «quando tal declaração não tenha lugar em processo penal», que pode significar: ou — «*não tenha sido feita*», ou — «*não compita ao processo penal*». Inclino-me para a primeira interpretação, dado o § 1.º c) e a), mas sobretudo pela b) que parece confirmá-la).

O juiz, é claro, como determina o art. 447 C. P. Pen., tem nestes casos a liberdade de qualificação jurídica não só dos factos, mas ainda das suas circunstâncias e do estado psíquico do agente constantes da pronúncia (BELEZA DOS SANTOS já considera que nos «*factos*» se abrange o crime e as circunstâncias — vd. *R. L. J.*, ano 63, p. 401) poderá convolar para uma perigosidade diversa daquela por que o réu foi acusado. Mais, a convolação pode fazer-se para além dos factos acusados e sem o condicionalismo do art. 448 C. P. Pen., dada a actuação *ex officio* do juiz, desde que, como assinalámos, se mantenha em toda a pureza o contraditório.

Da decisão do juiz cabem os recursos legais ordinários nos termos dos arts. 645 e segs. e é possível a sua revisão nos termos do art. 673, ns. 2, 3 e 4, todos do C. P. Pen., depois de transitado em julgado. Simplesmente esta última providência pouca eficiência terá em relação às M. S., dada a existência de outros meios muito mais práticos capazes de as modificar ou anular. Considerando a autonomia do juízo acerca da perigosidade e do juízo da culpabilidade, pensamos até que a revisão nunca anulará o primeiro.

Aliás a provisão respeitante à M. S. apenas é susceptível de caso julgado formal, admitindo-se, como anteriormente justificámos, a sua modificabilidade em processo complementar (art. 21 do dec. 34.553), sempre que se apresentem novos elementos de apreciação. Não há, porém, que distinguir de acordo com a técnica do nosso C. P. Pen. (arts. 148 e segs.) o caso julgado condenatório do absolutório — referidos, é claro, às M. S. — pois este último é prejudicado pelo n. 1 do art. 3 do dec. 34.553, que permite uma estatuição de M. S. quando não tenha tido lugar em processo penal, independentemente de se distinguir o não conhecimento puro e simples, do conhecimento que não conduza à declaração de perigosidade do sujeito. De resto parece-nos ser esta a melhor solução à face dos princípios fundamentais das M. S., e é com certeza a que mais se adequa à solução que o processo de segurança prescreve.

50. Normalmente um juízo sobre a perigosidade de um sujeito é concomitante com a verificação do último facto criminoso que perpetrou. Como se afirma no relatório do dec. 34.553, «não só o princípio de economia processual como também a finalidade de reunir, ao mesmo tempo, elementos de prova sobre o facto e sobre a pessoa do agente, indica naturalmente que, através do processo penal, o mesmo órgão jurisdicional tenha competência para punir em razão do crime praticado e aplicar as M. S. legalmente previstas em razão da perigosidade do delinquente». Mas nem sempre assim sucede pois quando a perigosidade se averigua independentemente de algum delito

(art. 71 C. Pen. e art. 3 § 1 *d*) dec. 34.553), ou quando vem a descobrir-se posteriormente ao julgamento em processo penal (dec. cit. art. 3, § 1.º *a*), *b*) e *c*), seguir-se-á o processo de segurança.

Em muitas das suas instituições o processo penal é inadequável ao objectivo de aplicação das M. S. O processo de segurança consegue atingir esse escopo sem no entanto perder as características essenciais do processo penal sendo em qualquer caso a situação do arguido acautelada sempre pela forma escrita do processo, pela nomeação de um defensor e pela admissibilidade de recursos (vd. por todos, JACINTO DUARTE: *ob. cit.*, in *B. M. J.*, n. 130).

Este processo ganha uma tonalidade muito mais técnica, visível sobretudo no sistema da prova (cf. art. 37 cj. com os arts. 31 § único e 26 dec. cit.) e implica assim que a escolha do defensor seja condicionada em função dos respectivos conhecimentos criminalísticos, de modo a poder nele participar activamente.

O processo inicia-se geralmente por proposta da autoridade administrativa (art. 25), devidamente fundamentada e instruída, nomeadamente com os pareceres do conselho técnico do estabelecimento prisional e do instituto de criminologia. Depois de proferido despacho liminar pelo juiz, constitui-se o contraditório. Este tem por característica acessória instalar um pouco de humanidade no tecnicismo estreme que caracteriza este processo.

A prova principal é o próprio arguido, ouvido em audiência com a assistência do M. P. e do defensor (art. 34), mas o juiz goza da liberdade de promover as investigações que entender necessárias (art. 38).

A decisão final será proferida após as alegações do M. P. e do defensor que, na prática, se limita a oferecer o mérito dos termos, perdendo-se com esta atitude todas as vantagens que o contraditório oferecia como abrandamento da orientação técnico-científica, possibilitando aquela valoração jurídica que fun-

damentalmente é valoração humana — e que tem de ser suprida pelo juiz.

Trata-se portanto de um processo de tipo declaradamente inquisitório, em que se dá ampla liberdade ao juiz na recolha, admissão e apreciação das provas.

As decisões do T. Ex. Penas são modificáveis por novas decisões proferidas a respeito do mesmo delinquente, sempre que se apresentem novos elementos de apreciação. Pode dizer-se, pois, que não tem o efeito de caso julgado material. Este regime de revisão é garantido pela fundamentação técnica a que está sujeita a propositura de novo processo, fundamentação que tem de ser objecto de um despacho liminar do juiz, como vimos, despacho onde se deve verificar se há ou não novos dados para apreciação.

51. O processo complementar como o nome indica, distingue-se pela sua posição relativamente às formas de processo anteriores. A sua tramitação é idêntica à do processo de segurança, aproveitando, todavia, o que for possível do primeiro processo, a que segue apenso. Esta posição material não invalida a sua autonomia, no sentido de não se fundir no processo anterior como mera renovação de tipo revisional, mas de constituir um verdadeiro processo, susceptível, ele mesmo, de caso julgado formal. Aliás é preciso notar que o processo complementar pode ser promovido para modificar a decisão proferida em processo complementar anterior.

Mantém-se a insindicabilidade da legalidade, apenas susceptível de abrir via ao recurso; mas para além deste juízo de adequação formal, pode estabelecer-se outro de adequação substancial, de mérito. A questão é de pura conveniência e oportunidade da M. S. em face das condições de facto e supõe a subsistência da necessidade concreta a que os meios se devem adequar.

É essa revisão substancial de mérito que se faz em processo complementar.

CAPITULO V

APLICAÇÃO DE MEDIDAS DE SEGURANÇA EM CONCORRÊNCIA:
OS VARIOS PROBLEMAS E AS RESPECTIVAS SOLUÇÕES

52. Ao entrarmos na parte essencial da nossa exposição julgamos conveniente reafirmar o princípio da legalidade, que é para todo o direito penal o princípio básico que condiciona o direito de punir. Não poderão ser aplicadas M. S. que não estejam previstas na lei e fora dos casos em que a lei prevê a sua aplicação (art. 54 C. Pen.). A concorrência de M. S. tem de estar subordinada à lei, e só pode verificar-se nos casos em que a mesma o permita, casos que foram por nós já isolados.

Esta aplicação, porém, é feita seguindo os trâmites de um processo que não é, como vimos, uniforme. A divergência reside no maior ou menor tecnicismo conducente a uma melhor ou pior adequação ao seu fim. O processo de segurança e o processo complementar são no fundo especializações do processo penal. Além disso são, como acentuámos, juízos fundamentalmente de mérito, mais do que de legalidade das M. S. Dada a sua feição técnica a aplicação da concorrência não lhes suscita particulares problemas.

A investigação deve desenvolver-se por isso em face do processo penal, anotando, a final, as particularidades inerentes às outras formas de processo.

A oficiosidade da aplicação da M. S., anula toda a eficácia e inclusivamente a própria razão de ser da convolação. No entanto os princípios gerais do nosso processo impõem que se mantenha o contraditório. É no seu âmbito que se vem a realizar a qualificação e, por extensão, é nele que se inserirá a decisão final. Por conseguinte ambas as partes têm de pronunciar-se sobre o concurso de perigosidades e a concorrência de M. S. naqueles termos referidos para a aplicação singular.

A aplicação de M. S., na visão ideal que utilizámos, tem dois momentos: o da qualificação, meramente declarativo e o da provisão, essencialmente dispositivo.

Quanto ao primeiro concluímos que em casos determinados

conduzia à concorrência de M. S. É porém um momento do *processus* de aplicação, com uma natureza operativa que se destina a extremar o campo decisional do juiz. Saindo-se dele infringe-se necessariamente o princípio da legalidade, pois é em face do quadro legal que esta operação é efectuada pelo juiz. Este aspecto da relevância do princípio, porque negativo permanece arredo da realidade da expressão: a esta só é transportada a declaração dos vários tipos de perigosidade que o sujeito preenche — aliás, incluída na provisão, e segundo a sua característica tramitação. Mas dada a especialidade da matéria, a dimensão do poder cognitivo, do juiz, paralela à do poder de convalidação, é inconsequente, nomeadamente quanto ao efeito de caso julgado.

Já caracterizámos também o segundo momento situando-o na perspectiva das M. S. Vamos analisá-lo agora sob o ponto de vista da sua concorrência. A solução, como dissemos, depende, por um lado, das modalidades de concorrência e, por outro, dos tipos de M. S. em concorrência.

a) *Modalidades de concorrência*

53. Só têm relevância os casos de concorrência material e não os de concorrência formal ou normativa, que se resolvem na singularidade, no momento da aplicação.

É o que acontece com a chamada *concorrência alternativa* (art. 175 § 1.º C. Pen.). A concorrência existe apenas no plano normativo, já que na prática só uma M. S. será aplicada: aquela que o juiz reputar mais conveniente. Não há neste caso concorrência material. À mesma hipótese se vem a reduzir também, como vemos, a concorrência de qualquer M. S. com a de expulsão, prevista no § 3.º do art. 71 C. Pen., que entendemos exemplificar, não um caso de absorção substancial, mas de alternativa formal.

Não são também de concorrência material aquelas hipóteses que denominámos de *concorrência sucessiva*. Há uma estipulação conjunta, há portanto concorrência, mas a própria lei vem

a resolvê-la numa aplicação singular de medidas, não, como na hipótese anterior, ordenando ao juiz que opte por uma, mas estabelecendo que sejam ambas aplicadas, uma a seguir à outra. Assim juntamente com as M. S. de internamento de segurança aplicável aos delinquentes de difícil correcção (art. 67 C. Pen.), prevê a lei a liberdade condicional (*necessária e selectiva* — cfr. BELEZA DOS SANTOS: *Os tribunais de execução de penas*, pp. 30 e 31), que é indispensável como fase de transição para a liberdade definitiva (art. 119 Ref. Pris.). Estabelece, porém, entre elas uma ordem de aplicação, tanto assim que a apreciação desta última, feita vulgarmente em alternativa com a prorrogação da pena ou medida, tem geralmente lugar em processo complementar.

O mesmo acontece com a *substituição* de M. S. Tem por fundamento o princípio da adequação do tipo de medida ao estado de perigosidade e por pressuposto quer um erro de valoração da perigosidade do sujeito, quer a intervenção de um novo factor que, incidindo sobre a respectiva personalidade, altera o seu grau de perigosidade. Diferentemente da concorrência de M. S., gerada normalmente pela existência no mesmo sujeito de vários tipos de perigosidade, a substituição refere-se a um determinado tipo. Pode até suceder que aplicadas as M. S. resultantes da concorrência, surja a necessidade, por superveniente mutação na esfera psicológica do réu, de converter esta última *medida-cúmulo*, numa outra que se repute mais idónea à nova manifestação de perigosidade do sujeito. A substituição liga-se, pois, a um reexame da perigosidade do sujeito. Tanto este exame como a correspondente estatuição estão legalmente limitados (vd. art. 72 C. Pen.), mas são necessariamente objecto de um processo autónomo. Portanto é impossível haver aplicação conjunta da medida que vem substituir e da que foi substituída. O problema fica solucionado logo na aplicação, que é em cada caso singular. Isto não impede, todavia, que em abstracto a substituição se traduza, em si, numa concorrência de M.S. (GABRIELI: *Concorso e trasformazione di misure di sic.*, in *Riv. Penale* cit., 1953 pp. 729 e ss).

54. Não tem interesse especial a distinção das hipóteses de concorrência que isolámos: quando corresponde a vários tipos de perigosidade ou quando corresponde apenas a um único tipo de perigosidade. Interessará porventura apontar que, geralmente, neste último caso — excluídas as modalidades da concorrência formal — a lei resolve expressamente o problema da concorrência ordenando que as M. S. por ela estipuladas para esse caso, sejam todas aplicadas pelo juiz. É, aliás, a hipóteses legais deste género que podemos ir buscar os paradigmas para resolver o problema em termos gerais.

55. Pode suceder que as M. S. aplicáveis a um delinquente não sejam decretadas por um único tribunal, mas por diferentes tribunais comuns, ou por um tribunal comum e pelo T. Ex. Penas; isto é, a perigosidade de um mesmo sujeito, ou o concurso de perigosidades, poderão ser apreciados num único processo ou em diversos processos.

Se não houver concurso e for o mesmo estado de perigosidade apreciado, em diversos processos, sem infracção das regras de competência, há que deduzir as excepções de litispendência (art. 146 C. P. Pen.) ou de caso julgado (art. 153 C. P. Pen.), consoante essa apreciação seja feita simultânea ou sucessivamente, mas neste caso, com a condição de se demonstrar que no segundo processo não se apresentaram «novos elementos de apreciação» (art. 23 dec. 34.553). De qualquer modo, mesmo que não se admitam estas excepções — ao contrário do que nos parece mais curial no nosso direito — nunca haveria hipótese de concorrência no caso de serem iguais as M. S. que viessem a ser decretadas: é óbvio e já o referimos atrás.

Sendo diferentes os estados de perigosidade apreciados pelos diversos tribunais, aparece-nos um problema novo de concurso de perigosidades e correspondente concorrência de M. S. que importa resolver, e que à primeira vista se apresenta susceptível de consequências diferentes daquelas que propusemos para o concurso de perigosidades a julgar num único processo.

No caso de se tratar de dois ou mais tribunais comuns a

apreciação por cada um da personalidade do delinquente é forçosamente parcial, dado que o outro verificou e declarou um outro tipo de perigosidade. Ora isto está em contradição com a esquematização que demos de todo o *processus* de aplicação das relações normativas desta natureza. A personalidade do sujeito é una, pelo que denota imperfeição qualquer tentativa de isolar os seus aspectos. Só uma visão global consegue compreender um objecto unitário. Como remediar estas declarações imperfeitas?

Lógicamente só há uma solução: é promover uma apreciação global da personalidade do indivíduo. E a nossa lei permite-a, e, segundo nos parece, até por duas vias: o processo de segurança e o processo complementar.

Se os processos se desenvolvem concomitantemente e as M. S. decretadas por ambos os Tribunais ainda se não começaram a executar, compete ao T. Ex. Penas fazer essa apreciação de acordo com o n. 1 do art. 3 do dec.-lei 34.553, confirmado pelo art. 91 a) do Estatuto Judiciário. Parece curial entender esta disposição como abrangendo não só a ausência total de apreciação da perigosidade em processo penal, como a mera apreciação parcial. Além disso nada na lei nos leva a considerar como taxativa a descrição de casos no n. 1 do mesmo artigo. Caberá ao M. P. promover esse processo quando tenham sido aplicadas só M. S. ou então ao director da cadeia onde o delinquente esteja a cumprir pena, se porventura esta for conjuntamente decretada (art. 25 do dec. cit.).

Se a fase executiva de um dos processos já se tiver iniciado quando for no outro decretada uma M. S. diversa, terá lugar essa apreciação em processo complementar. Essa posterior unificação vale para todos os efeitos como índice de alteração da perigosidade anteriormente declarada e a apreciação total será avocada pelo T. Ex. Penas (art. 21 dec. cit.). Quando este artigo se refere à perigosidade anteriormente declarada não distingue se o foi numa única decisão, ou em várias. Neste caso porém já não competirá ao M. P. a promoção, mas ao director do estabelecimento onde se achar a cumprir a primitiva M. S. (cfr. art. 41 cit. dec.).

Quando, além de ter sido decretada uma M. S. em tribunal comum, o T. Ex. Penas se ocupar do mesmo delinquente, teremos de modificar o raciocínio anterior. Com efeito agora trata-se de um tribunal especializado, cujo poder cognitivo sobre a personalidade do sujeito é integral. Se ele se pronuncia concomitante ou posteriormente ao Tribunal comum, deve prevalecer a sua decisão pois se presume que tomou em conta toda a personalidade do indivíduo e decretou para ele as M. S. mais convenientes. É preciso não esquecer que nesta matéria a lei se preocupa mais com o mérito do que com a legalidade.

O conteúdo da sentença penal no que se refere ao ordenamento de M. S. é substituída pela decisão do T. Ex. Penas, para efeitos de execução. Este tem competência geral para esta apreciação pelo que actua como se fosse um tribunal de 2.^a instância.

Isto leva-nos mesmo a entender que no caso de simultaneidade de processos, se deve deduzir no T. Ex. Penas o incidente de litispendência, e suster o processo de segurança até resolução final do processo penal. Com efeito a sua competência global abrange o objecto do outro processo possibilitando a identidade pressuposta por esta figura processual. Acerca da aplicação subsidiária das disposições do C. P. Pen., parece-nos inútil qualquer comentário.

Se posteriormente à decisão do T. Ex. Penas um tribunal comum estatuir uma nova M.S., essa sentença vale como fundamentação da alteração da perigosidade, necessária para a admissibilidade da acção complementar de segurança (cfr. art. 23, cj. art. 21 e 24 dec. cit.).

56. Parecem-nos ser estas as soluções mais convenientes para a solução destes casos de concorrência chamada *retrospectiva* (DRESSLER: *Massnahmenkonkurrenz* cit. — *Retrospektive Konkurrenz*). Só assim se consegue o conhecimento directo da total personalidade do delinquente, que de outra maneira seria postergado pela cumulação mecânica e aritmética das M. S. decretadas nas várias decisões parciais.

É verdade que um tal sistema exige uma nova apreciação

de toda a personalidade, mas este desperdício de economia processual é baixo preço em relação à vantagem de se avaliar, no quadro geral dos factos que lhe são imputados legalmente, a personalidade total do agente e de se poder determinar unitariamente entre as M. S. concorrentes, quais as que lhe convêm.

Além disso, é a solução mais conforme ao que paralelamente se dispõe na lei para as penas (art. 102 C. Pen.). Em vez de o tribunal competente para essa averiguação total ser o da última condenação, dá-se sempre prevalência, dada a sua especialidade, ao T. Ex. Penas (cfr. Parecer da Proc. Geral Rep. no *B. M. J.* 36, p. 48).

Podemos agora concluir que esta distinção apenas tem consequências processuais, porquanto a apreciação plural vem a redundar numa apreciação singular. A chamada *concorrência retrospectiva* deve ser vista como mera complicação da *concorrência simultânea* (*gleichzeitige Konkurrenz*), que mais não é, afinal, do que aquela concorrência material a que nos referimos: aplicação efectiva de todas as M. S.. Permanece todo o problema da concorrência.

b) *As medidas de segurança em concorrência*

57. O tutano deste problema está, com efeito, na espécie de M. S. em concorrência. E a nossa jurisprudência apesar de imberbe em matérias de segurança criminal soube apalpá-lo, nomeadamente naquela espécie do S. T. J. de 18-5-1960 (*B. M. J.*, 97, pp. 218 e ss.), onde se estabelece que a aplicação de mais do que uma M. S. ao mesmo sujeito está dependente de não se confundirem e terem plena autonomia. Porém a solução não é tão simples. Aliás, a primeira parte constitui solução para um problema que não existe: se a M. S. se confunde é porque é a mesma, e nesse caso é evidente que não há concorrência. Trata-se de um mero incidente de interpretação, já por nós abordado. E quanto à autonomia — a segunda parte da solução — o seu conceito é tão vago que nada nos indica de positivo, para além da obtusidade do seu emprego a uma M. S.... De qualquer

forma não podemos generalizar e construir um sistema jurisprudencial a partir de um único precedente.

58. Olhando as M. S. pela perspectiva das suas finalidades imediatas poderemos distribuí-las por duas classes consoante visem um fim de segurança (*Massregeln der Sicherung*), ou um fim de melhoramento (*Massregeln der Besserung*). A distinção é meramente tendencial, pois todas visam fundamentalmente a segurança e o melhoramento, dado que é contrário ao espírito da nossa Ordem Jurídica a pura M. S. de eliminação (*ausscheidende Massnahmen*), além de que seria sempre muito mais aleatório determinar-lhe o âmbito de aplicação.

Havendo uma pluralidade de M. S., aplicáveis a um mesmo sujeito, distribuir-se-ão por uma ou por outra classe, ou por ambas. Parece que se houver uma pluralidade de M. S. da mesma espécie, isto é, tendentes à realização imediata do fim de segurança ou de melhoramento, apenas se aplicará a mais conveniente e apropriada: atendendo, já a considerações ligadas à sua natureza, já às consequências gravosas para o sujeito e ao nulo interesse público da cumulação.

Assim raciocina a lei italiana ao estabelecer, no art. 209, 1 do C. Pen., que nos casos de concorrência de M. S. da mesma espécie, apenas é decretada uma única M. S. Mas que são M. S. da mesma espécie? A doutrina divide-se, apesar da lei, mais adiante, nos arts. 215 e 236, indicar a solução, distinguindo entre M. S. pessoais e patrimoniais (cfr. SABATINI: *Istituzioni di diritto penale*, III, pág. 224). PIACENZA, por exemplo, através de uma construção hábil, refere o emprego do citado art. 209,1 aos casos em que se presume a idêntica finalidade das várias M. S., e justifica-o considerando que um único tratamento pode bastar, desde que em si reúna os escopos que a lei se propõe (*Il problema del concorso di m. di sic.*, in *Scuola Positiva*, 1951, pp. 546 ss.). Mas, apertado pelo senso das realidades, vem admitir em seguida a existência de casos susceptíveis de específica valorização, de acordo com as circunstâncias particulares. Compreendemos as hesitações dos autores

e os seus desejos de se emanciparem de uma tão dogmática solução legal, mas temos de repudiar o caminho por eles seguido, e pela lei italiana, de sobrevalorizar a concorrência de M. S. da mesma espécie, esquecendo que esta, logicamente, só pode ser tratada depois de analisada e resolvida a concorrência de M. S. de espécie diferente. Aliás segundo parecer de um autor insuspeito (DRESSLER: *ob. cit.* pág. 9), «die Kenkurrenz Verschiedenartiger Massnahmen spielt ein ungleich grössere Rolle als die jenige gleichartiges Massnahmen». E conclui: «Sie wird uns in erster Linie beschäftigen».

Mas do que não há dúvida é que só poderá ser feito qualquer agrupamento, seja por semelhança ou por diferença, depois de catalogadas as diferentes espécies de M. S.

59. Aquelas classes de M. S. já apontadas são demasiado heterogêneas. Assim o fim de segurança pode ser imediatamente atingido através de um meio físico (privação de liberdade) ou de um meio psicológico (a perda de caução como factor de estabilização da conduta); o fim de melhoramento pode ser atingido por medidas curativas, reeducativas ou de ressocialização.

Em termos muito gerais, pode estabelecer-se uma escala da M. S. segundo a hierarquia dos fins: em primeiro lugar a segurança e depois o melhoramento. Mas sobre estas deve dar-se a prioridade às M. S. curativas que conseguem atingir, e da melhor maneira, o fim de segurança visado, tornando o sujeito inócuo. Paralelamente para além da essência da M. S. que é dada pelo valor-escopo, temos de considerar o factor gravosidade do meio em que substancialmente a M. S. se traduz, gravosidade entendida do ponto de vista do sujeito: considerando as M. S. detentivas e as não detentivas (PALMA CARLOS: *ob. cit.*, pág. 27).

Considerando o fim que visam e o meio que utilizam, podemos considerar no nosso direito as seguintes espécies de M. S.

— *curativas*

(sempre detentivas)

- cura do alcoolismo e outras intoxicações;
- internamento em manicómio (semi-imputáveis, tendencialmente);
- internamento para cura de doenças venéreas (base 25 da lei 2036);

— *de segurança*

(detentivas)

- internamento de segurança;
- internamento em manicómio ou prisão-asilo (inimputáveis, tendencialmente);

(não detentivas)

- interdição ou inibição do exercício de profissão, direitos ou actividade;
- caução de boa conduta (vd. fins de ressocialização e de reeducação);
- liberdade vigiada e de liberdade condicional;
- expulsão de estrangeiros do território nacional (§ 3 do art. 71 do C. Pen.);
- pena suspensa (conteúdo positivo);
- prestação de trabalho em local determinado (§ 3 do art. 70 do C. Pen.);
- fixação de domicílio (art. 316 do C. P. Pen.);

— *de ressocialização*

(detentivas)

- internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola;

(não detentivas)

- liberdade vigiada;
- caução de boa conduta;

— *de reeducação* (dec. 44.288 de 20-4-1962, art. 21)

(detentivas)

- internamento em estabelecimentos oficiais ou particulares de educação e assistência;
- recolha em centro de observação;
- colocação em lar de semi-internato;

- internamento em instituto médico-psicológico;
 - internamento em instituto de reeducação;
- (não detentivas)
- entrega aos pais, tutor ou pessoa encarregada da sua guarda;
 - liberdade assistida;
 - caução de boa conduta;
 - desconto nos rendimentos, salário ou ordenado;
 - colocação em família adoptiva;
 - colocação em regime de aprendizagem ou de trabalho em empresa particular ou em instituição oficial ou privada.

Estas últimas M. S. de reeducação podem concorrer entre si, dado o campo restrito e especial da tutela de menores. O juiz tem de escolher entre as diversas medidas, aquela ou aquelas que melhor se adaptem à personalidade do menor, que melhor o protejam, o defendam e eduquem. MEZGER (*Strafrecht*, trad. espanhola, p. 408) defende a impossibilidade da concorrência de M. S. respeitantes aos jovens, mas sem apresentar qualquer argumento. É óbvio que qualquer discussão a este respeito teria de tomar como base o elenco de M. S. de dada Ordem Jurídica, e não há dúvida que em face da nossa, não entrevemos qualquer razão que possa impedir um tal princípio — aliás afirmado com clareza no corpo do art. 21 do cit. dec.-lei — atento o carácter essencialmente subjectivo do recente sistema tutelar.

60. Algumas destas M. S., por estatuição da lei ou por verificação de concurso de perigosidades, poderão concorrer no mesmo sujeito.

Nestes casos que M. S. deve o juiz aplicar? Põe-se ao fim e ao cabo o mesmo problema do concurso de penas. Aplicará o juiz a soma das várias M. S.? E como somar parcelas tão heterogéneas? Aplicará só uma, a mais adequada? No nosso direito nada há que expressamente se refira a estes requisitos. Porém as considerações que temos explanado não são de molde a impe-

dir que se considere entre nós, como ponto de partida, uma norma semelhante à do § 42 n) do Strafgesetzbuch (STGB): «várias M. S. poderão ser decretadas conjuntamente» (*Verschiedene Massregeln nebeneinander angeordnet werden*). Daí que não deva haver um princípio geral de solução, mas esta venha a surgir segundo as circunstâncias de cada caso concreto. Não é necessário, contudo, cair num casuismo estreme.

Já nos referimos à liberdade do juiz na aplicação de M. S. e dissemos que só muito remotamente estava subordinado à lei, ajuizando sobretudo do mérito da solução para o caso. Ora para o tratamento das questões de concorrência valem os mesmos pontos de vista explanados a propósito da aplicação de M. S. em geral: a razão de ser da aplicação de várias M. S. está no facto de a concorrência de tratamentos ser indispensável para a satisfação do escopo que se pretende atingir com este instituto jurídico, não podendo esta razão ser desviada por considerações mais ou menos oportunas de interesse público.

Por outro lado, o juiz tem de contar com a execução. Deve favorecer a aplicabilidade das M. S. por via da execução, permitindo a este estádio processual uma certa discricionariedade nomeadamente nos casos de prognóstico difícil. Aliás toda a execução de M. S. é no fundo eventual, pois desde que ultrapasse o limite da incomensurabilidade entre o estado real e a perigosidade declarada com a correspondente M. S. tem de se promover um novo processo, destinado a actualizar a M. S. decretada com vista a uma perigosidade anterior.

Mas repare-se: não se pode dizer que a revogação de uma M. S. pressuponha a cessação absoluta do estado de perigosidade. Este, como vimos, varia de intensidade, e quando a M. S. não tem suficiente elasticidade para corresponder a essas variações, a lei prevê mais do que uma, para fazer face ao único tipo de perigosidade. Assim é possível justificar-se que várias medidas destinadas a sucederem-se no tempo sejam dispostas para obter a adaptação progressiva da pessoa perigosa à vida social. Isto vale tanto para a hipótese de um único tipo de perigosidade, como para a hipótese de concurso de perigosidades. Nenhuma diferença significativa implica diversa conclusão.

E não é argumentação concludente o dizer-se que, decretado o cúmulo de M. S. com reserva da sua execução sucessiva, se limita a autonomia da execução, pois já vimos que esta é apenas uma fase do processo de aplicação das M. S., e está por isso ligada orgânicamente ao respectivo julgamento. De resto, há sempre a possibilidade de se promover a todo o tempo uma nova apreciação judicial, o que impede qualquer execução aberrante.

Em regra, no entanto, não se podem aplicar tantas M. S. quantos os estados de perigosidade do sujeito e isto porque o impede, quer o *princípio da eficácia* a que está sujeita a aplicação de qualquer M. S. — segundo o qual em face do caso concreto devem ser capazes de atingir o fim que a lei lhes atribuiu — quer o *princípio da necessidade* — segundo o qual só se devem aplicar M. S. ou determinadas M. S., quando não houver outro meio menos gravoso para atingir esse mesmo fim.

A aplicação plural de M. S. só será admissível de acordo com o espírito da nossa lei se, através da sua combinação, for possível prosseguir o fim legal proposto ao prevenir os vários tipos de perigosidade.

E já vimos que no quadro geral da aplicação de M. S. é possível ao juiz, ponderar os dois princípios, aferi-los pelos interesses em presença e concluir da maneira mais acertada.

Da nossa parte apenas procuraremos deduzir as soluções que nos parecem mais adequadas e que a lei mais ou menos expressamente subscreve. Deixaremos para trabalho de maior fôlego as considerações criminalísticas que neste lugar deveriam ser produzidas, cumprindo-nos salvaguardar a possibilidade de rectificação a que possam conduzir.

61. Vejamos os casos mais típicos:

a) Contrariamente ao legislador italiano, pensamos que só na hipótese de as M. S. concorrentes serem de espécie diferente, é que se pode, em princípio, generalizar uma solução: podem aplicar-se cumulativamente. Isto, porém, pressupondo tratar-se de uma hipótese de concorrência de M. S. correspondente a um

concurso de perigosidades possível. É óbvio, com efeito, que não se pode aplicar cumulativamente a M. S. de internamento num manicómio criminal e a M. S. de internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola, dado que pressupõem um concurso de perigosidades impossível (demente e vadio). Já assim não acontece no caso de se tratar de um semi-imputável e vadio conjuntamente, pois se trata de dois tipos de perigosidade, qualificados ambos segundo um critério parcial.

b) Quando forem aplicáveis duas M. S. iguais, embora de espécies diferentes não há cumulação. Aliás nem chega sequer a haver concorrência. Caberá à execução determinar a medida conveniente de modo a poder corresponder, simultânea e cabalmente, aos tipos de perigosidade a que se refere.

c) No caso de a lei prever mais do que uma M. S. para o mesmo estado de perigosidade presume-se que todas são necessárias para o destruírem. Se se provar o contrário — e dada a officiosidade da aplicação pode ser o próprio juiz a inquirir dessa prova — deve-se valorar com cuidado a personalidade da pessoa sujeita, e aplicar a mais idónea. Não interessa, nesta hipótese, distinguir entre M. S. da mesma espécie e de espécie diferente.

d) Se as M. S. são da mesma espécie a situação complica-se. Regra geral prevalece o princípio da absorção, mas não em todos os casos. É o que acontece, v. g., quando são curativas, dada a sua natureza especial. Já não há dificuldade quanto às de segurança, pois quando são todas privativas da liberdade nunca chega a haver concorrência dado que não podem concorrer os tipos de perigosidade com que estão relacionadas. Na hipótese de concorrerem com M. S. não privativas de liberdade, prevalecem aquelas, a não ser no caso de se tratar da M. S. de interdição do exercício de profissão, direitos ou actividade, cuja solução veremos mais adiante. Além disso no que respeita à liberdade vigiada e à caução de boa conduta, há cumulação (a nossa lei é a primeira a reconhecê-lo no art. 175 § 1.º, C. Pen.). A liberdade condicional e a suspensão de pena nunca serão susceptíveis de concorrência, a não ser, em casos excepcionais, a primeira, mas valerá então o que se disser para a liberdade vigiada.

Quando as M. S. são de ressocialização, o internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola — a opção entre uma e outra modalidade pertence à execução — absorve as outras não privativas de liberdade. Quanto a estas últimas vale a acumulação. Das M. S. de reeducação já falámos oportunamente.

e) A concorrência de M. S. privativas de liberdade está sujeita a regras especiais, que vão mesmo contra as regras anteriores, pois em princípio nunca se aplicarão cumulativamente. A privação da liberdade considerada como conteúdo das M. S., pode constituir em si o fim total que estas visem, ou pode considerar-se o meio adequado para o respectivo escopo.

Neste último caso podem as M. S. privativas de liberdade concorrer com qualquer outra. É o que acontece com as medidas essencialmente curativas. Dada a sua natureza terapêutica e o carácter de meio que em relação ao fim de cura tem a privação de liberdade, podem cumular-se com outras privativas de liberdade. Dada porém a identidade parcial do conteúdo, a cumulação apenas se processa no restante, sendo a privação de liberdade da M. S. de tempo mais curto, absorvida pela de tempo mais longo. O fim de cura passa a traduzir-se no regime de execução da M. S. absorvente. Isto mesmo se deduz do facto de a Ref. Pris. prever a construção de anexos onde estas M. S. possam ser cumpridas, junto de todos os tipos de estabelecimentos prisionais (cf. arts. 100, 122 e 170).

O ponto, no entanto, não se pode considerar líquido porque, em muitos casos, também as M. S. terão de ser aplicadas em estabelecimentos diversos e então seria ilógica a absorção, considerando a necessária diferenciação do regime. Na prática os estabelecimentos previstos não foram construídos, e a nossa solução parece-nos a mais curial. Em todo o caso só o juiz, em face de cada situação concreta, poderá concluir; de resto, pode decretar a cumulação, remetendo para a execução a solução definitiva. Esta poderá, neste caso, aplicar uma solução de compromisso que caiba na elasticidade das respectivas M. S.

f) Naqueles casos que têm por limite a perigosidade presumida, casos em que a lei corta a discricionariedade do juiz,

mandando aplicar determinada M. S., esta deve ser aplicada (no mesmo sentido vd. art. 222 do C. Pen. italiano), porque — e a solução é meramente tendencial — a adequação do tipo de medida ao estado de perigosidade é insusceptível de valorização pelo juiz. Note-se que este princípio só tem relevância quando tal M. S. concorra com outra da mesma espécie, pela qual devesse ser absorvida. Aqui o mérito cede à legalidade.

g) Em relação aos estrangeiros a concorrência de M. S., pode resolver-se por substituição, isto é, aplicando uma M. S. diferente: a expulsão do território nacional (§ 2.º do art. 71 C. Pen.).

A lei fala de substituição que tem um significado técnico-jurídico próprio nesta matéria das M. S.: «quando por lei e sem necessidade de reexame do sujeito, em vez de M. S. aplicável, se decreta facultativa ou obrigatoriamente uma outra, mais ou menos grave, segundo a conduta ou as condições pessoais do sujeito» (G. SABATINI: *Istituzioni* cit., III, p. 225).

É duvidoso no entanto que a expulsão do estrangeiro se considere uma M. S., dado o disposto no dec. 39.749 de 9-8-1954 (art. 7, n. 6) que atribui à polícia internacional a expulsão dos que tiverem sido condenados por tribunais portugueses, depois de cumpridas as condenações. A permanência dos estrangeiros em Portugal é tida como mera concessão do Estado e não como um verdadeiro direito do estrangeiro. Desde que sejam «indesejáveis» (art. cit.), cujo sentido é muito vago e fluido, estão sempre à mercê de serem expulsos do território nacional. Não é necessária portanto a declaração judicial. Parece-nos pois que esta substituição dá lugar, não a uma M. S., mas a uma medida de polícia. De qualquer modo, porém, o efeito é o mesmo.

h) A interdição de uma profissão, direito ou actividade nunca é absorvida por outra M. S., dada a particularidade do seu fim; pode qualificar-se como espécie *a se*, entre as M. S., e deste modo justificar-se-á a solução da alínea *a*) — a regra geral. Que não é absorvida pelas M. S. privativas de liberdade da mesma espécie, podemos inferi-lo do § 5.º do art. 70 do C. Pen.

onde se prevê a sua aplicação a seguir à pena. Aliás só depois do internamento ela se compreende. Ainda se pode levar mais longe a especificação e considerar os vários conteúdos deste tipo de M. S. como outras tantas espécies de medidas diferentes. Quando concorrerem, de acordo com a regra geral, o juiz decretará a cumulação. É o que sucede nomeadamente com as interdições do exercício de profissão de motorista e do direito de conduzir automóveis, como se verificou na condenação do ALCINO.

i) Pode ainda acontecer que, no caso concreto, os tipos de perigosidade em concurso estejam numa relação de causa para efeito, pelo que apenas se deverá decretar uma única M. S., precisamente aquela que se refere à causa (*sublata causa cessat effectus*). Apenas se procurará anular a perigosidade causa. Contudo, isto só em teoria se pode expressar, dado que a prática revela a insuficiência dos meios que dispõe o juízo cognitivo — só nos referimos ao processo penal — para verificar esta correlação.

Um indivíduo pode, por hipótese ser qualificado como vadio e como alcoólico, mas vem a demonstrar-se que a vadiagem é causada pela intoxicação. *Quid juris?* A solução é evidente: a aplicação exclusiva da M. S. de internamento em casa de cura para intoxicados. Ela pressupõe, no entanto, uma prova difícil, sobretudo em processo penal. Pode ainda acontecer que num mesmo delinvente se verifique a existência de factos que levem à declaração de habitualidade e de vadiagem. Normalmente seria impossível, como vimos, o concurso de perigosidades, mas tal já não sucede se o sujeito for habitual por vadiagem. Neste caso também não haverá, à semelhança do anterior, aplicação cumulativa, visto se entender que o internamento num estabelecimento para vadios é suficiente para eliminar o perigo da habitualidade, que resulta directamente do estado de associal. Em casos mais duvidosos, o juiz deverá remeter para a fase de execução a escolha entre o internamento num estabelecimento para reclusos de correcção difícil ou num estabelecimento para vadios.

62. O momento da execução é, pois, decisivo para a resolução de muitos dos problemas da concorrência. Compete à execução a realização do comando do juiz, melhor, a sua materialização do estado real do sujeito.

Apesar de o juiz fixar a cumulação de M. S., a sua execução é sempre eventual. Pode efectivamente a perigosidade cessar ou transformar-se, requerendo uma nova *liquidação judicial*. Mas pode também na sua materialização, afeiçoar o próprio comando judicial, adaptando-o no sentido da melhor consecução do fim. O próprio juiz, em alguns casos, profere uma decisão verdadeiramente «em branco», que à execução compete subscrever até ao *plafond* que, por prudência ou mera legalidade, lhe fixar.

A execução das M. S. decretadas pelo juiz pode ser coetânea ou sucessiva. Esta só é possível quando os vários aspectos da perigosidade forem susceptíveis de um tratamento autónomo e os conteúdos das várias M. S. inconciliáveis, ressaltado, é claro, o caso de assim ter sido decidido para o efeito de aumentar a respectiva eficácia.

A execução coetânea implica uma certa interpenetração das várias M. S., que conduz a uma recíproca adaptação. Mais do que um cúmulo de M. S. deve falar-se, dada a sua unidade harmónica, de uma M. S. complexa, semelhante ao que acontece, quanto às penas, com o cúmulo jurídico, ou com a exasperação, no caso particular de a M. S. complexa tomar por base uma determinada M. S.

Estes poderes justificam-se, como dissemos, pela margem de discricionariedade com que se realiza a aplicação de M. S. e de que a execução também beneficia.

Se a execução for sucessiva competirá ao juiz (quando foi ele que a prescreveu), ou ao órgão de execução (nos outros casos), estabelecer a ordem respectiva. Em princípio a ordem de sucessão seguirá a hierarquia abstracta indicada no n. 59 devendo em qualquer caso dar-se precedência às M. S. privativas de liberdade sobre as M. S. não privativas de liberdade.

Todavia, a lei ao contemplar a cumulação da pena com a M. S., mesmo quando esta é também privativa da liberdade, estabelece invariavelmente a prioridade da execução da pena,

dando às M. S. a característica do seu complemento (cfr. art. 67, § 53 do art. 70, § 2 do art. 71, etc. do C. Pen. e arts. 131, 155, etc. da Ref. Pris). Poderia concluir-se, já que a pena consiste na privação da liberdade, que em primeiro lugar se executariam as M. S. tendentes a um fim de segurança. Não é assim. Mesmo em relação às penas, a lei dá a maior atenção à cura do delinquente, determinando que estas se executem, quando necessário, em prisão hospital ou sanatório (cfr. § único do art. 101, Ref. Pris.), ou, no caso de loucura (art. 114 C. Pen.), mandando interromper a execução (levada também em grande parte por considerações de ordem ética) e internando o doente num manicómio (lei n. 2.006 de 11-4-1945, base 6, e art. 6 n. 2 do dec. 34.502 de 18-4-1945). Ora, no que se refere às M. S. é óbvio que se deve sustentar idêntico critério.

Mesmo no caso de cumulação de pena e M. S. e no caso que se refere especialmente a toxicómanos (art. 169 Ref. Pris. e § 2.º do art. 71 C. Pen.), a M. S. deve preceder a aplicação da pena, pois a cessação abrupta do consumo da droga motivada pela reclusão, pode implicar a morte do viciado. Aliás este regime encontra eco legal pois o art. 169 da Ref. Pris. deve considerar-se «inaplicável em relação a delinquentes que abusem de estupeficientes», como estatui o art. 171. Afastado aquele preceito especial, aplicar-se-á o regime geral que deixámos expresso.

63. Até agora temos considerado as M. S. como fixas. Simplificou-nos a exposição. Mas a medida legal da maioria das M. S. varia entre um mínimo e um máximo de tempo. O juiz aplica uma determinada M. S. e fixa-lhe tempo determinado, passado o qual, é necessária nova declaração judicial (prorrogação), para ela se manter.

Se forem várias as M. S. o problema não tem a importância que parece. Em primeiro lugar, devem ser muito raras as hipóteses em que se apresenta (cfr. n. 5 e); depois, é preciso não esquecer que a aplicação de M. S. não é feita mecânica mas volitivamente. O juiz aplicará logo determinada M. S. integrada num conjunto, pelo tempo que achar conveniente. Se não valessem princípios gerais de aplicação das M. S. buscaríamos a ana

logia com o regime do cúmulo jurídico de penas que se resolve tènicamente numa pena unitária. O conteúdo das várias M. S. concorrentes, quando aplicado, também ganha coesão, devido à unidade do seu objecto: a personalidade do sujeito. Isto é sobretudo nítido, como vimos, em hipóteses de concorrência retrospectiva.

64. Temos colocado as nossas razões principalmente no quadro do processo penal. Importa completar a visão olhando para os processos de segurança e complementar, apontando as especialidades mais relevantes na consideração da concorrência. A tarefa é fácil.

Dada a prevalência nestes processos do mérito sobre a legalidade, raramente se põem problemas de concorrência. Mesmo que se ponham, a sua solução compete ao juiz, que se deverá orientar pelos princípios acima expostos. As dúvidas que então nos assaltaram, ao fazermos teoria geral, são aqui descabidas dado o apoio técnico de que estas formas de processo gozam.

CONCLUSÃO

I — No tribunal de 1.^a instância o juiz não applicou ao ALCINO nenhuma das M. S. a que estava sujeito: a de interdição do exercício de profissão e a de inibição do direito de conduzir. O M. P. ou recorre para o tribunal superior (não há qualquer obstáculo dada a officiosidade de applicação das M. S.), ou promove a sua applicação em processo de segurança, a todo o tempo depois de decorridos os cinco dias para interposição do recurso. Na primeira hipótese, dado o predomínio da legalidade nos tribunais comuns, ambas as M. S. lhe seriam applicáveis, aliás de acordo com o que defendemos na alínea h) do n. 61. Distinguem-se normativamente duas relações diversas cujos pressupostos o sujeito preenche. No T. Ex. Penas, porém, atende-se sobretudo, à perigosidade real e não há dúvida que é uma só, mas não sabemos se um princípio de conveniência não levará da mesma maneira à applicação de ambas as M. S. Pode chocar que o mesmo facto, symptoma de perigosidade, seja considerado duas

vezes, com consequências diferentes, contra o princípio do *ne bis in idem*; qualquer coisa como um concurso ideal de perigosidades. Mas vimos atrás como é difícil, senão impossível, concebê-lo. Aliás não é a um método naturalístico que devemos recorrer mas a um método jurídico, e este aponta para a dualidade de perigosidades. Tudo isto mostra a inviabilidade de uma elevada teorização e justifica o casuismo utilizado no nosso trabalho, se é que não o reclama em maior grau. Aliás, na prática, repare-se, o problema da cumulação não chega a pôr-se, pois uma das condições para se ter profissão de motorista é ter a carta de condução (dec.-lei 37.272 de 31-12-1948). Retirando-se esta, o indivíduo fica implicitamente impedido de exercer a sua profissão. E não se argumente com o princípio atrás exarado na alínea i) do n. 61 dado que esta dependência das duas M. S. não pressupõe nenhuma dependência causal entre as respectivas perigosidades.

II — Importa anotar uma razão *de jure condito* para a nossa solução: a correlação entre as circunstâncias agravantes relativas ao agente e os tipos legais de perigosidade, e de um modo especial, a solução disposta na lei para os casos de concorrência de várias circunstâncias. Tudo depende do julgador porque nem umas nem outras podem ser reduzidas a valores numéricos ou graduações em que se possa usar de métodos e princípios matemáticos. A valoração da personalidade do sujeito, quer para efeito de valoração das circunstâncias, quer para a aplicação de M. S., deve ser deixada principalmente nas mãos do juiz. É esse o espírito dos arts. 95 e 96 do C. Pen.

III — De resto, *de jure condendo*, mantendo-se o binómio *pena-M. S.*, deve admitir-se a existência normal de duas instâncias — um juízo jurídico e um juízo científico. Mas caberá aos juristas, àqueles que ainda crêem no direito, a tarefa ingente de não deixarem o destino do homem dependente da técnica cega, insusceptível de humanidade. O juízo científico deve constituir apenas uma fonte de informação e esclarecimento para o juiz; não o deve nunca substituir.