

## O ART.º 67.º DO CÓDIGO PENAL (\*)

### SUMARIO

I — *A «prorrogação da pena» do artigo 67.º do Código Penal não é uma pena mas uma medida de segurança.*

II — *Distinção entre penas e medidas de segurança. Evolução histórica dos institutos.*

III — *Não é aplicável a sanção do prolongamento da pena por evasão às medidas de segurança.*

F. identificado nos autos, foi condenado em pena maior em 15 de Março de 1966.

Quando ainda lhe faltavam cerca de dois anos para o cumprimento dessa pena foi colocado em liberdade condicional, por decisão deste Tribunal em 12 de Fevereiro de 1971. Liberdade condicional essa, concedida por três anos.

Em 20 de Julho de 1971 foi condenado por novo crime e declarado delinquente habitual e, pouco tempo depois, julgada improcedente uma proposta de revogação da liberdade condicional, foi mantido nessa situação de liberdade.

Tal liberdade veio-lhe a ser revogada de direito, por ter cometido novo crime, pelo qual foi condenado em pena maior, e, por isso, foi determinado o cumprimento do resto da anterior pena ainda não cumprido.

---

\* *Sentença proferida no 3.º Juízo do Tribunal de Execução de Penas de Lisboa e que foi confirmada pelo Tribunal da Relação.*

As penas respectivas e em falta foram calculadas em função do perdão dos decretos-leis 259/74 e 271/74, pelo que, em 24 de Julho de 1974, foi colocado em liberdade vigiada provisória por seis meses.

Em virtude, porém, de nova condenação por furto em 20 de Dezembro de 1974, os perdões condicionais de metade das penas de que beneficiara caducaram de direito.

Durante o cumprimento da pena imposta nessa decisão, e por ter sido declarado delinquente habitual, por se ter entendido que ele continuava a apresentar perigosidade, foi proposta a «prorrogação da sua pena».

O respectivo processo correu a devida tramitação e, sem se ter atendido em que, em virtude da concessão inicial do perdão e da revogação de direito deste, ainda haveria restos das penas anteriores a cumprir (designadamente das condenações de 1966, de 1971, e da primeira de 1974), foi proferida a decisão de fls. 71, que lhe aplicou a prorrogação da respectiva pena por um primeiro período de três anos.

Tal pena terminou em três de Agosto de 1975 e, após essa data, o arguido foi considerado, pelos serviços prisionais, na situação de prorrogação da pena, em harmonia com a mencionada decisão deste Tribunal.

Evadiu-se em 26 desse mês, e só se apresentou voluntariamente para cumprir o internamento prisional em 2 de Maio deste ano, decorridos portanto cerca de oito meses e meio sobre a fuga.

O estabelecimento prisional em que se encontra solicita informação sobre o prolongamento da pena que, porventura, lhe tenha sido imposto por virtude da evasão, nos termos do art.º 196.º do Código Penal.

O Digno representante do Ministério Público, no seu douto parecer, defende a ideia de que a prorrogação da pena a que o arguido foi sujeito terá a categoria de uma pena de natureza especial, a que não será aplicável aquele prolongamento, previsto pela lei como sanção pela evasão.

Nas apreciações do problema da natureza da «prorrogação da pena» prevista pelo art.º 67.º do Código Penal tem havido, que se saiba algumas flutuações doutrinárias e, ultimamente, também jurisprudenciais, discutindo-se se ela deve ser considerada como uma pena ou como uma medida de segurança, com as naturais implicações que advêm da escolha de um ou de outro dos seus termos.

Por tal razão, torna-se necessário determinar, por forma tanto quanto possível exaustiva, a exacta natureza desse instituto «prorrogação da pena», consignado na lei para os delinquentes habituais e por tendência (genericamente designados por delinquentes de difícil correcção) e que

é manifestamente diferente do instituto «prolongamento da pena» por virtude de evasão que se acha consignado no atr.º 196.º do Código Penal.

Depois dessa averiguação ainda se tornará necessário determinar se o arguido, quando se evadiu, deveria ser considerado como em cumprimento dessa «prorrogação da pena», ou se não deveria ser antes considerado em cumprimento do resto da pena maior em que foi condenado antes de 1972 e que ainda não cumpriu, por ter sido colocado em liberdade condicional graciosa, mais tarde revogada de direito, ou das outras penas ainda em falta.

Com efeito, se esse instituto é uma verdadeira prorrogação da pena, se é um prolongamento desta, com a mesma natureza, deverá, em princípio, ser cumprido imediatamente a seguir à própria pena de que é prolongamento, por mais não ser do que a continuação desta e, ao mesmo tempo, nessa hipótese, e em pura teoria também, só após o seu cumprimento deverá ser cumprida qualquer outra pena a que o arguido esteja igualmente sujeito (designadamente, parece que só após o seu cumprimento deveria cumprir o resto da pena maior ainda não cumprido, salvo se, como é óbvio, administrativamente se determinasse a interrupção daquele para início do cumprimento deste, em virtude de respeitar a sanção mais grave), em harmonia com o § 1.º do art.º 633.º do Código do Processo Penal.

Se, pelo contrário, o instituto fôr entendido como medida de segurança, só deverá ser cumprido, se ainda fôr caso disso, e por força da mesma disposição legal, após o cumprimento das restantes penas em que o arguido tenha sido condenado e que ainda se não mostrem cumpridas, pelo que se terá de colocar o problema de se saber se não seria necessário rectificar a atitude da administração prisional que o colocou, após o termo da pena ocorrido em 3 de Agosto de 1975, à disposição deste Tribunal, por forma que ele fosse colocado, não nessa situação, mas na de cumprimento do resto da pena maior que ainda lhe falta cumprir, ou, das outras penas ainda por cumprir.

Ao mesmo tempo, e também depois da determinação da natureza do instituto em causa, será necessário apurar se, no momento da evasão, o arguido poderia ser considerado como em cumprimento de figura jurídica imposta por este Juízo e, no caso afirmativo, se lhe é ou não aplicável o regime de prolongamento da pena por evasão, consignado no art.º 196.º do Código Penal.

Assim, e em primeiro lugar, tentar-se-á determinar a possibilidade de averiguação da natureza do instituto através do exame das disposições legais actualmente em vigor, após as alterações penais e processuais penais de 1972.

## PARTE I

## DETERMINAÇÃO DA NATUREZA DO INSTITUTO

## CAPÍTULO I

## O DIREITO POSITIVO VIGENTE

As disposições da nossa lei que respeitam ao assunto não são, como nota o Exm.º Magistrado do Ministério Público, especialmente concludentes e permitem soluções divergentes consoante a ideia básica que nos sirva para caracterizar as penas e as medidas de segurança.

Na verdade, o art.º 67.º do Código Penal, ao falar em *prorrogação da pena* relativamente às penas de prisão e prisão maior aplicadas a delinquentes de difícil correcção, e o corpo do art.º 72.º do mesmo diploma, ao estabelecer o regime a seguir quando se verifique alteração do estado de perigosidade determinante da *prorrogação das penas* ou da aplicação de *medidas de segurança*, e ao determinar a substituição dessas *penas* ou *medidas de segurança* por outras, correspondentes à natureza da alteração, fazem inculcar que o legislador quis considerar como realidades distintas a chamada *prorrogação da pena* do art.º 67.º e as *medidas de segurança*, tanto mais que, ao indicar no art.º 70.º do mesmo diploma estas últimas por forma que parece querer ser taxativa, não faz qualquer referência àquela «prorrogação».

No entanto, o mesmo legislador toma também uma atitude que totalmente contraria a ideia da existência de um sistema baseado no dualismo desses institutos, quando, no n.º 3 daquele art.º 72.º, determina a possibilidade de *substituição da prorrogação da pena*, não por uma pena, nem pela figura jurídica específica das penas (a liberdade condicional), mas *por* uma de duas das *medidas de segurança* não privativas de liberdade indicadas no art.º 70.º (a liberdade vigiada e a caução de boa conduta).

O facto tem importância porque a revogação da liberdade vigiada, por má conduta, conduz à aplicação, quando seja necessário, de uma medida de segurança privativa de liberdade não superior, no seu todo, ao tempo de liberdade ainda não cumprido, ao passo que a revogação da liberdade condicional (a qual, como se referiu, é actualmente a medida própria para a substituição de uma pena carcerária em cumprimento por uma situação de liberdade relativa) conduz à obrigação de cumprimento de toda a pena não cumprida, sem se ter atenção o tempo em que o arguido tenha estado em liberdade (art.º 70.º §3.º e 122.º, respectivamente, do Código Penal) o que corresponde à insti-

tuição de regimes totalmente diferentes para os casos em que haja necessidade de revogar uma situação de liberdade de um daqueles tipos, e impede que os dois possam ser facilmente equiparados ou que se afirme não ter qualquer relevo jurídico a diferenciação entre os dois tipos de liberdade.

Ao mesmo tempo, a circunstância de aquela *prorrogação da pena* competir à jurisdição dos Tribunais de Execução das Penas (art.º 3.º n.º 3.º do decreto 34.553, e art.º 629.º n.º 2.º do Código do Processo Penal) e, mesmo depois da reforma de 1972, seguir a tramitação do processo complementar, previsto para a alteração das medidas de segurança (art.ºs 21.º e 41.º e seguintes daquele decreto 34.553) faz crer, com fortes razões, que, num sistema jurídico lógico, a mencionada *prorrogação da pena* deverá ser considerada como uma medida de segurança (ao contrário do que sucede com o chamado *prolongamento da pena por motivo de evasão*, previsto pelo art.º 196.º do Código Penal, que foi sempre considerado como uma sanção e em relação ao qual apenas se discute se será uma pena autónoma, a aplicar em processo crime distinto, como parece resultar, além do mais, do art.º 36.º do decreto-lei 37.047, de 7-9-48, ou se será um agravamento da pena anterior, a aplicar no próprio processo, como o decidiu o acórdão do S.T.J. de 19-3-1935, na Col. Of. Vol. 34, pág. 72).

Como se vê, pois, a legislação actual é suficientemente dúbia para se não poderem extrair dela, inequivocamente, conclusões sobre a natureza da medida prevista no art.º 67.º do Código Penal quanto aos delinquentes de difícil correcção e pela lei chamada *prorrogação da pena*.

Por outro lado, não parece legítimo tirar qualquer conclusão a partir do regime prisional em que essa *prorrogação da pena* deva ser cumprida, porquanto é bem lógico que o mesmo deverá ser determinado a partir da verdadeira natureza de tal «*prorrogação*» e nunca se deverá, para a determinação dessa natureza, partir do regime em que, eventualmente, seja cumprido o instituto em causa mediante indicação administrativa.

Em virtude da determinação apontada é evidente que se deverá recorrer ao elemento histórico para se apurar qual a correcta caracterização da figura do art.º 67.º, para se apurar qual o sentido da sua evolução histórica através dos tempos, e, se necessário, para se apurar se o seu sentido actual deverá, porventura, ser semelhante a algum que possa ter tido anteriormente, diferente do que agora pareça ter.

## CAPÍTULO II

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

## SECÇÃO I

## GENERALIDADES

A qualidade jurídico-penal dos delinquentes de difícil correcção aos quais é aplicável o especial regime de «prorrogação da pena» do art.º 67.º do Código Penal, de que nos estamos a ocupar, surge no nosso direito como o produto de uma longa evolução histórica, de clarificação de situações, com paralela evolução no direito internacional, situações essas que, com o decurso do tempo e por deficiência de elaboração filosófica nas primeiras épocas, foram sendo submetidas ao regime originário de defesa da sociedade contra os estados considerados como primários e típicos da perigosidade — vadiagem e a reincidência — mas foram, ao mesmo tempo, sujeitas ao regime básico de defesa da mesma sociedade contra os actos ilícitos — as penas.

Será por essa razão que, no decurso dessa pesquisa, haverá necessidade de se recorrer à análise das formas mais antigas dessas defesas, visto que, como se verá, o simples estudo do instituto a partir da Reforma Prisional (decreto-lei 26.643, de 28-5-1936) não será suficiente para o enquadramento indubitável e incontestável da natureza real da chamada «prorrogação da pena».

## SECÇÃO II

## ENTENDIMENTO DADO A PARTIR DA REFORMA PRISIONAL

A expressão *prorrogação da pena* como designação do instituto a que ficam sujeitos os delinquentes de difícil correcção, bem como a própria qualificação destes (com o englobamento das sub-categorias dos delinquentes habituais, dos delinquentes por tendência, e dos delinquentes indisciplinados) surgem na nossa lei positiva com a Reforma Prisional de 1936, embora seja de notar que tais realidades, mas com outras designações, se encontravam já, pelo menos parcialmente, em disposições legais anteriores.

No n.º 39 do relatório desse diploma, depois de se fazer referência ao facto de o Congresso de Londres de 1925 ter votado para os criminosos habituais uma prisão especial, com pena indeterminada, e de o Congresso de 1930 ter votado o mesmo processo mas com o nome de medida de segurança, afirma-se que «Neste diploma (a Reforma Pri-

sional) fixou-se uma pena temporária, mas com a possibilidade de ser prorrogada por períodos sucessivos».

Parece, assim, que a intenção do legislador terá sido a de considerar esse instituto como uma real prorrogação da pena anterior, o que ainda mais parece ser confirmado pelo facto de a mesma reforma se referir a *prorrogação da pena* aplicada aos reclusos de difícil correcção (art.º 117.º), em contraposição com o *prolongamento do internamento* dos vadios e equiparados (art.º 157.º § único) e dos alcoólicos e outros intoxicados (mesmo artigo, por remissão dos art.ºs 170.º e 171.º), considerado pela Reforma como *medida de segurança*, e em contraposição também com a *prorrogação do internamento* dos menores delinquentes (art.º 87.º) e dos anormais perigosos mas imputáveis (art.º 131.º) que a mesma Reforma, pelo menos implicitamente, considera igualmente como medida de segurança.

Teríamos então que a prorrogação da pena consignada naquele art.º 117.º não seria uma medida de segurança mas uma verdadeira prorrogação da pena anterior.

O que, porém, sucede, é que é de todos sabido que esse instituto, durante a vigência desses artigos da Reforma, bem como durante a vigência dos artigos do Código Penal resultantes das alterações de 1954 (decreto-lei 34.688) que, em parte, os vieram substituir, foi unanimemente considerado pela jurisprudência, não como uma prorrogação de pena, mas como uma *autêntica medida de segurança* e isso não obstante o que parece resultar da letra da lei.

#### PORQUE?

Uma das razões, mas não a única, como se verá, filiou-se no facto de a Constituição Política de 1933 (art.º 8.º n.º 9) proibir a existência de penas corporais perpétuas, sem estabelecer tal limitação quanto às medidas de segurança, e de a prorrogação da pena do art.º 117.º da Reforma ter sido estruturada como uma situação indefinidamente prorrogável enquanto o preso não mostrasse idoneidade para seguir vida honesta ou não deixasse de ser perigoso, o que era considerado como característico das medidas de segurança.

Outra das razões foi a circunstância de, não sem certa razão, se entender que a consideração do instituto como pena poderia traduzir-se na dupla punição pelo mesmo facto, em violação do princípio «non bis in idem», que se dizia estar consagrado no art.º 38.º § único do Código Penal e nos art.ºs 148.º a 153.º do Código do Processo Penal e que, hoje, se encontra expressamente consignado no n.º 5 do art.º 29.º da Constituição Política de 1976.

Foi dentro da unanimidade jurisprudencial de entendimento atrás referida que surgiu o parecer da Direcção Geral dos Serviços Prisionais de 27 de Março de 1942, homologado por despacho ministerial e publicado no Boletim Oficial do Ministério da Justiça n.º 10, pág. 30, que estabeleceu a doutrina de que a evasão ocorrida durante o cumprimento da «prorrogação da pena» não autorizava o prolongamento da pena, nos moldes do art.º 196.º do Código Penal, por aquela prorrogação ser uma medida de segurança e não uma pena.

Foi devido a esse entendimento, também, que, ao estruturar-se posteriormente uma situação de receio de perpetração de novos crimes por parte de reincidentes em crimes dolosos, se veio estabelecer a sua sujeitabilidade a «medidas de segurança» (decreto-lei 35.809, art.º 22.º n.º 9), abandonando-se então o provável prurido de linguagem que levava à utilização da fórmula «prorrogação da pena» e que, depois, talvez por inércia, se terá mantido nos diferentes diplomas promulgados desde então (decreto-lei n.º 40.550, art.º 5.º e Código Penal, art.º 67.º, na sua redacção actual).

Foi ainda por se entender que o regime da «prorrogação das penas» era estruturalmente idêntico ao que afectava os condenados por actividades políticas, expressamente denominado pela lei como de «medidas de segurança» (art.ºs 175.º do Código Penal, 20.º e seguintes do decreto-lei 37.447, e 7.º a 9.º do decreto-lei 40.550) que, em obediência à alteração da Constituição Política de 1933 efectuada em 1971 (em que, no n.º 9 do art.º 8.º se consignou a *proibição da* existência de penas ou *medidas de segurança*, privativas ou restritivas da liberdade pessoal, com carácter perpétuo, com duração ilimitada ou *estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis*, ressalvadas as medidas de segurança que se fundem em anomalia psíquica e tenham fim terapêutico), se procedeu à alteração de 1972 do Código Penal no sentido de a «prorrogação da pena» do art.º 67.º só ser possível por dois períodos de três anos cada.

Quer dizer, apesar da terminologia legal em contrário, a chamada «prorrogação das penas» dos art.ºs 117.º da Reforma Prisional e 67.º do Código Penal (para só falar nas mais importantes disposições que a contemplam) tem sido sempre considerada, jurisprudencial e administrativamente, e pelo senso popular, e desde a sua introdução no nosso direito em 1936, não no sentido literal, mas no de medida de segurança.

Ultimamente, porém, já depois da reforma de 1972, a nível jurisprudencial, e, antes dessa reforma, a nível doutrinal, surgiram algumas dúvidas sobre a natureza do instituto, embora sem terem conseguido projecção relevante por forma a alterarem aquele entendimento.

Por isso continua a caber a pergunta:

Porquê tal entendimento?

Qual a razão pela qual o legislador de 1936, conhecedor já da designação «medidas de segurança», expressamente preferiu a fórmula preconizada pelo Congresso de Londres de 1925?

E, por fim, porque é que se deverão considerar como certas ou como erradas essa posição do legislador ou a atitude unânime da jurisprudência e de parte da doutrina (pelo menos até à reforma penal de 1972) no sentido de se considerar o instituto em causa como uma medida de segurança?

Estas as questões que, na altura, nos surgem e que nos vão obrigar a recuar ainda mais no tempo e nas disposições legais, bem como a tentar estabelecer a génese dos institutos delinquenciais a que respeita o regime daquela «prorrogação da pena».

### SECÇÃO III

#### ORIGEM DA CATEGORIA JURÍDICA DOS DELINQUENTES DE DIFÍCIL CORRECÇÃO

##### SUB-SECÇÃO I — APROXIMAÇÃO EMPIRICA

Em todos os agrupamentos animais se verifica a existência de regras básicas de comportamento, cuja violação, por parte de um dos membros do grupo, origina primariamente uma actuação mais ao menos generalizada de segregação social do infractor, destinada a castigá-lo ou, mesmo, a colocá-lo em condições de lhe não ser fácil voltar a violar as regras comportamentais.

É, por exemplo, bastante conhecida a existência, ao lado das manadas de elefantes (como estado normal da vivência desses animais), dos chamados «elefantes solitários», ex-membros da comunidade que, por terem cometido uma infracção social grave (geralmente a morte, mesmo em luta, de outro dos membros da comunidade), foram dela expulsos, segregados do convívio com os restantes e das possibilidades de contacto sexual com as fêmeas, «elefantes solitários» esses que passam a viver isolados e se tornam (ou se mantêm?) especialmente perigosos para os seus semelhantes e, até, para os seres humanos que surgem no seu caminho.

Mas é menos conhecida, embora nem por isso menos real, a existência de algumas situações, nos grupos humanos, que frequentemente contendem com a nossa sensibilidade actual, e que correspondem a estados ou vivências particulares em que a comunidade tem a sensação de que a manutenção de alguns dos seus membros poderá ou, mesmo, deverá

ser prejudicial à sobrevivência económica e, nalguns casos, política, ou ideológica, ou doutra natureza, dos restantes.

São eles, entre outros :

- a) O abandono, com algumas provisões e agasalhos, dos membros do grupo mais velhos e incapazes já de contribuirem para a obtenção de mantimentos, em certos grupos sociais de vida económica primitiva e que viviam em condições extremas de isolamento em regiões de fraquíssimos recursos alimentares, ou em que estes, sempre de origem animal, exigiam a actividade de todos os membros válidos da comunidade, como sucedia, pelo menos até ao século passado, com os grupos, de natureza familiar, de esquimós que viviam isolados nas regiões mais inóspitas da Gronelândia;
- b) A auto-limitação da natalidade, com recurso a medidas drásticas de eliminação de seres humanos, por forma a manter a população num nível aproximado de 70 milhões de habitantes, considerado então como o máximo que os recursos naturais da região podiam alimentar com as culturas tradicionais da zona, que se verificou no Japão ainda durante este século e até à sua industrialização, verificada após a guerra de 1939/1945;
- c) As medidas de contenção da natalidade e esterilização compulsória dos seus membros que já tenham tido um determinado número de filhos, ou que os tenham tido com certas taras (ou, mesmo, que as possuam originariamente), e que foram ou são praticadas na Índia actual, na Alemanha nazi, ou nos Estados Unidos há poucos anos, em nome do combate à fome endémica na primeira, da manutenção da pureza da raça, na segunda, ou da não procriação de doentes mentais nos últimos (cf., para estes últimos, Ernest Seelig, *Manual de Criminologia*, II, 259).
- d) As perseguições sangrentas, conducentes não poucas vezes à eliminação física, baseadas em razões religiosas ou de qualquer outro tipo de ideologia, e de que são exemplo as condenações à morte, por motivo de divergências de carácter religioso, resultantes da actuação do Santo Ofício da Inquisição nos diferentes países em que ele funcionou, ou da psicose colectiva da «caça

às bruxas» na Nova Inglaterra (especialmente em Salem), as segregações sociais de grupos religiosos, especialmente do judaico, verificadas no nosso País (sobretudo com D. Manuel I e D. João III), na Espanha (com os Reis Católicos), na Alemanha (no tempo de Hitler), na Rússia (quer czarista, com os pogroms, quer na actual), bem como as perseguições, mais ou menos generalizadas, fundadas em divergências de ideologia política, traduzidas pelo estabelecimento das censuras aos meios de comunicação e das segregações, social e física, dos dissidentes, ocorridas no nosso País até bem recentemente, ou na Alemanha durante e após o nazismo, ou na U.R.S.S., actualmente.

É manifesta a diferença entre as causas dos dois tipos de segregação apontadas: no exemplo animal, dos elefantes, a violação concreta de uma norma de comportamento social fez com que o grupo applicasse uma punição (que pode até corresponder a uma situação de segregação definitiva, mas que não deixa de revestir o aspecto punitivo), em virtude de, com a sua conduta ilícita, o seu autor ter perdido a confiança do grupo; nos outros casos indicados, os membros do grupo que se encontrem em determinadas situações ou estados fazem criar (muitas vezes irracionalmente, e a partir de meros motivos emocionais e, frequentemente, de natureza irreal), na grande massa de membros do mesmo grupo, a sensação de que a existência dos primeiros é perigosa, é susceptível de conduzir à destruição do próprio grupo como tal, em vez de, simplesmente, fazer perder a confiança num determinado membro que se encontre na situação de ter infringido as regras de vivência do grupo.

Assim, enquanto o primeiro caso é de perda de confiança, o segundo é de desconfiança ou, mesmo, de pavor, perante a ameaça representada pela existência de membros da comunidade considerados como perigosos.

A perda da confiança, conjugada com a sensação, a nível do grupo, da necessidade de se restabelecer o equilíbrio social concretamente violado pelo infractor, conduz à tendência para a applicação de uma reacção social, essencialmente punitiva que, através do seu cumprimento, permita a criação da reparação daquele desequilíbrio, e permita o aparecimento da ideia da efectivação dessa reparação.

A desconfiança proveniente das outras situações expostas, precisamente porque não respeita a um facto concreto, mas a uma certa situação abstrata, a uma certa vivência, gera, em função da própria imprecisão resultante de tal vivência, a tendência para a applicação de medidas de carácter mais ou menos segregatório, de tanto maior

gravidade ou duração quanto maior fôr o receio produzido por essa vivência, considerada como perigosa.

No primeiro caso, como é óbvio, temos o estabelecimento de penas, em função de situações, que se vêm a definir como infracções graves mas sempre concretas a determinadas, das regras de comportamento, ao passo que no segundo se sente socialmente a necessidade de reacção, de contenção, em relação a estados, não especialmente violadores daquelas regras de comportamento, que apresentam, segundo o consenso mais ou menos geral do grupo, a potencialidade de desagregação da vida social, sem que, porém, essa sensação da necessidade de reacção ou contenção seja dirigida contra uma actuação concretamente violadora daquelas normas de comportamento.

Desta forma, no primeiro caso, a reacção do grupo tem como objectivo o combate a um acto anti-social, enquanto no segundo a reacção tem como finalidade fundamental a defesa da sociedade, com características preventivas, contra uma situação a-social de anti-socialidade virtual e difusa, o que a torna muitas vezes mais temida, na medida em que passa a constituir uma ameaça não concreta à vivência em sociedade.

Trata-se assim, de duas realidades distintas, com géneses distintas e com distintas finalidades que, apercebidas pelo grupo, normalmente em moldes não perfeitamente definidos, vêm a dar origem ao *direito penal* e ao *direito para-penal administrativo*, ou *policial* ou, segundo outra terminologia, ao direito político (Pascoal de Melo, por exemplo, considerava o ilícito a ele respeitante como ilícito político ou de policia — pois política vinha de policia — uma vez que esse ilícito obstava a um sistema económico-jurídico bem ordenado — cf. Instituições de Direito Criminal Português, no Bol. 155-202).

Deve-se, todavia, ter em atenção que, na vida prática quotidiana do grupo essas duas realidades tendem a interpenetrar-se na sua aplicação casuística, por força da conjugação de diversos factores, por forma que, mais tarde, até no campo doutrinário, vêm a surgir teorias tendentes a uma maior ou menor unificação daquelas realidades.

- 1) Um desses factores é o mesmo sentimento de segurança que inicialmente motivou a aplicação de um instituto segregatório aos estados de perigo para o viver social e que vai levar o grupo, mais tarde, a sentir a necessidade da certeza na definição das situações susceptíveis de lesarem a vivência dos seus membros e a vivência da sociedade.

A necessidade dessa certeza conduz à necessidade da tipificação das figuras susceptíveis de gerarem a reacção do grupo, pelo que o conjunto das normas reguladoras do lícito e do ilícito sociais passa, assim, a começar a ser um sistema jurídico em que, ao capricho do governante quanto à determinação desses campos, característico da «lei do mais forte» inicialmente vigente, se segue em *esquema normativo tipificado*, embora a correspondente reacção social possa compreender ainda medidas de carácter ou extensão arbitrários.

É de notar, no entanto, que essa evolução surge invariavelmente ligada, em primeiro lugar, ao conjunto de reacções sociais correspondentes ao chamado direito punitivo e só mais tarde é sentida pelo grupo como susceptível de aplicação ao conjunto das reacções sociais correspondentes ao atrás indicado direito para-penal.

Nessa altura, geralmente por impreparação filosófica, o grupo acaba por tentar construir uma teoria que lhe permita reduzir a regulamentação das medidas de carácter segregatório à das medidas de carácter punitivo, por estas últimas terem já, nessa ocasião, uma elaboração doutrinária e cultural mais avançada.

É a esta fase histórica da evolução do pensamento jurídico-penal que pertencem, por exemplo, as nossas leis penais anteriores às Ordenações e as próprias Ordenações, bem como, em certa medida, a actual legislação penal soviética, consignada na lei fundamental de 25-12-1958 e que substitui, com características de franco progresso, as legislações de 1922 e 1926, reprodutoras do sistema vigente após a Revolução de 1917, sistema este muito primitivo, do ponto de vista doutrinário, e segundo o qual as reacções sociais, penais e para-penais seriam orientadas pelo infalível sentido de justiça revolucionária dos detentores do poder popular e do poder de julgar.

(Note-se, como ponto curioso, que a um estado semelhante de regresso à barbárie no campo do direito penal foi levado o direito alemão durante o florescimento do nazismo, ao estabelecer-se que o Juiz julgaria segundo o são sentimento do povo alemão e poderia recorrer à analogia na interpretação e aplicação das normas punitivas).

É em virtude de a elaboração cultural se encontrar nessa fase em determinado momento da história que, no nosso direito antigo e nesses direitos apontados se chegava à conclusão de que certos estados de perigosidade seriam *crimes de natureza social*, e deveriam ser punidos, para além da pena própria correspondente à sua qualificação como crime (pena essa que às vezes não existia ou não podia ser aplicada), com uma medida segregatória, normalmente de duração indeterminada

e só terminável quando o indivíduo que nela se encontrasse deixasse de poder ser considerado como perigoso.

É manifesto que a caracterização de tais estados de perigosidade como crimes, que nos surge como produto de se pretenderem jurisdicionalizar unificadamente duas realidades distintas, e que resulta do propósito de dar o máximo de segurança à tipificação das medidas sociais reactivas de carácter segregatório, não será, nesta fase da evolução das ideias, especialmente propiciatória para que se possa ter uma visão bem diferenciada dos dois tipos jurídicos considerados.

- 2) Outro desses factores é o sentimento de justiça, quer na forma de justiça equitativa ou distributiva, quer na forma de justiça retributiva, que leva o grupo a crer tipicizar, não só as formas de reacção social às violações das regras comportamentais e às ameaças de violação dessas regras, como as próprias medidas dessas reacções, de modo que ao «nullum crimen sine lege» da posição anterior se sigam as aplicações dos aforismos «nulla poena sine crimen» e «nulla poena sine lege».

No entanto, tal como no aspecto anterior, também numa primeira fase essa exigência do grupo em nome da Justiça se dirige apenas às medidas de carácter punitivo, pois as medidas de carácter puramente segregatório continuam ainda durante algum tempo (que pode estender-se por alguns séculos...) a serem consideradas como não pertencentes ao direito penal, e, sim, a um como que *direito para-penal, político* (ou de polícia, como se referiu), justificativo da adopção de soluções de carácter arbitrário, fundadas nas chamadas «razão de Estado» ou «razão política» (cf. Marx, crítica da Filosofia de Direito de Hegel, §§ 262 e 307, quando dá a entender que o Estado, como tal, pode estar sujeito à «razão de Estado», a qual, em si mesma, poderá até contrariar tanto a moral individual como a moral dos grupos sociais de que o Estado se compõe).

E só posteriormente, ultrapassado com a evolução cultural esse conceito de direito para-penal subordinado à «razão de Estado», se volta a tentar a integração das realidades por ele contempladas no direito penal propriamente dito e historicamente mais evoluído, mas, tal como sucede na situação anteriormente considerada, precisamente por esse ramo de direito se encontrar tecnicamente mais aperfeiçoado, se vem a cair, nesta fase, na tendência para a recondução dos institutos do chamado direito para-penal aos institutos aparentemente semelhan-

tes de direito penal, o que, uma vez mais, não ajuda a clarificar os mencionados tipos jurídicos.

- 3) Ainda outro desses factores é a circunstância de, em certos casos concretos, determinadas figuras jurídicas, correspondentes a situações de perigosidade justificativas da aplicação de reacções segregatórias, resultarem, segundo o consenso generalizado do grupo e a experiência temporal do mesmo, da especial propensão para a prática de infracções concretas das regras de comportamento no grupo, por parte de alguns membros do mesmo grupo, especial propensão essa proveniente quer da própria situação considerada como perigosa, quer de a situação em si consistir na existência da repetição da prática de tais infracções concretas, ou na existência dessa prática em moldes desde o início considerados como especialmente perigosos para a vida em sociedade.

É o que se passa, por exemplo, com as situações de perigosidade para a vida social que resultam da vivência nos estados a-sociais da vadiagem, da mendicidade, da prostituição, do proxenetismo, e da tavolagem, bem como dos estados de oposição ideológica (religiosa, cultural, política, etc), estados sempre considerados como a-sociais nos grupos de governo autoritário e autocrático que ocupam ou procuram ocupar o poder.

Mas é também o que se passa com as situações de perigosidade para a vida social que resultam da existência de estados sociais dirigidos para a prática de actos anti-sociais, como é o caso do banditismo e das associações de malfeitores.

E é igualmente o que se passa com as situações de perigosidade para o viver social que resultam indiciariamente da repetição de actos delituosos ou da prática de actos delituosos em condições tais que o grupo as considera como especialmente tradutoras de uma a-sociabilidade bem vincada.

Em todas estas situações, a extrema ligação existente entre os actos anti-sociais e os estados a-sociais leva à necessidade de aproximação dos regimes reguladores dos respectivos institutos, bem como à tendência para a sua unificação jurídica, sem se atentar de começo na diversidade específica dos mesmos, o que mais uma vez, nesta fase, não ajuda à clarificação das realidades.

Todos estes factores, e outros que porventura existam, vão sendo percebidos, em diversos estádios, pelos membros do grupo, em relação a situações concretas, e vão motivando assim, que possam coexistir num mesmo sistema jurídico, diferentes institutos de típica a-socialidade que, em maior ou menor grau, se encontram, em determinada fase de evolução cultural, tendencialmente assimilados aos actos anti-sociais típicos.

Tal tendência para a assimilação começa pelos aspectos da regulamentação jurídica dos institutos, estende-se a certa altura a estes, e vem frequentemente a dar a aparência de concretização, com bases que se pretendem filosóficas, da total integração das medidas segregatórias nas medidas punitivas. Só bastante mais tarde, numa nova fase de evolução do pensamento, se vem a admitir que a jurisdicionalização dos dois tipos de reacções sociais (essencialmente punitivas e essencialmente segregatórias) não implica necessariamente a inclusão de um deles no outro ou a tendencial subordinação de um deles ao outro.

#### SUB-SECÇÃO II — ASPECTOS DA EVOLUÇÃO FILOSÓFICA

No campo da história da elaboração doutrinária, e com referência apenas aos últimos 400 anos e às posições marcantes neles tomadas, teremos primeiro a tentativa de definição de existência de uma realidade concreta de reacção do grupo social contra os factos ou situações lesivos ou potencialmente lesivos do viver em comum em Grócio (1.583 - 1685, «De jure belli ac pacis», Liv. II, cap. XVII: «*delito é o facto ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano e sofrer uma pena*»), mas sem que nessa formulação filosófica se contemple a pura reacção social segregatória, o que, evidentemente, sucede por esta última ser então considerada como pertencente a um ramo das regras de comportamento distinto do direito penal e, até, talvez, do próprio direito.

A posição Grociana é desenvolvida por Pufendorf (1632 - 1694), especialmente em «De officiis hominis et civis) e outros, e vem a constituir a base da chamada *escola jus-naturalista*, que, fundamentalmente, pretende uma explicação racional, derivada da natureza do homem, para justificar a existência dos institutos próprios do direito penal e do direito para-penal.

Posteriormente, e com objectivo da obtenção da defesa da segurança da liberdade dos indivíduos contra o arbítrio e a crueldade das penas (mas eventualmente sem especiais preocupações quanto às medidas reactivas conducentes à segregação dos perigosos) surge-nos

a *escola iluminista*, dentro da qual poderemos colocar a posição filosófica do Marquês de Beccaria (1738-1794 «*Dei delitti e delle pene*») e de Feuerbach (1775-1833) quando afirmam, como princípios básicos do direito penal, o princípio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*».

E o desenvolvimento das ideias filosóficas vem, em seguida, produzir o aparecimento daquilo que se convencionou chamar a *escola clássica* do direito penal, com o expoente máximo em Carrara (falecido em 1937) cuja base doutrinária se pode resumir na ideia de que a pena é a afirmação da ordem jurídica, em consequência de o crime ser a negação da ordem jurídica e de a pena ser a negação do crime (ver, para a criação deste tipo de raciocínio, Kant, na *Crítica da Razão Pura* e na *Crítica da Razão Prática*) e, assim, a pena é a afirmação da ordem jurídica na medida em que assenta, não em razões utilitárias, de necessidade social, ou de conveniência política, mas em razões de justiça.

Mais uma vez, porém, se parece deixar para fora do âmbito do direito penal a caracterização das reacções sociais ditadas por razões de carácter fundamentalmente segregatório e que, por esse motivo, se baseariam nas tais razões utilitárias, de necessidade social, ou de conveniência política já mencionadas.

É precisamente porque tais realidades existem e não podem, dentro da formulação da escola clássica, ser reconduzidas apenas ao campo da Justiça, que acaba por aparecer uma doutrina que tenta opor-se ao domínio da ideia da Justiça como caracterizadora do direito penal, e que, como todas as reacções violentas é levada a esquecer, o que, de útil, poderia existir na posição anterior. É a doutrina da chamada *escola positiva* iniciada por Lombroso (1835-1909) em «*L'uomo delinquente*» (1871/76).

A base originária desta doutrina corresponde ao desenvolvimento da ideia de que o criminoso seria um indivíduo com uma propensão congénita para o crime, traduzida na existência de sinais físicos e psíquicos que o tornariam como que numa sub-categoria biológica degenerada do «*homo-sapiens*», e é interessante notar que, no desenvolvimento lógico dela, ao afirmar-se que, se há biologicamente seres com propensão para o crime terá de haver também seres com propensão para o bem, destinados portanto a serem moral e intelectualmente superiores em relação aos outros, e que, se o criminoso é perceptível pela existência de certos estigmas físicos, terá de haver igualmente a possibilidade de conhecimento do indivíduo naturalmente virado para o bem, por sinais físicos, contrapostos aos estigmas do criminoso nato, se vem a ter a linha de raciocínio que levou à elaboração da doutrina da superioridade inevitável da raça branca pura, de origem Ariana, incapaz congenitamente de praticar o Mal, doutrina que informa as posições filosóficas de Rosenberg (enforcado em Nuremberga em

16-10-1946, como criminoso de guerra, pela divulgação das suas teorias), em «O Mito do Século XX» (1930) e de Walter Darré, em «O Sangue e a Terra» (Um Blüten und Boden-1929), as quais serviram de apoio doutrinário à ideologia posta em prática pelo *nazismo*, ou *nacional-socialismo*, de Hitler, na Alemanha, no período que decorreu de 1933 a 1945 e que, com as tristíssimas conseqüências de todos conhecidas, se traduziu no feroz anti-semitismo estruturado por Himmler e Eichmann com os campos de concentração e as mortes voluntárias de milhões de seres humanos, e em toda a restante e criminosa actividade nazi.

A posição puramente biológica de Lombroso não resistiu, na sua forma originária, às críticas que lhe foram feitas e à experiência quotidiana, que demonstraram o seu total irrealismo, mas, porque ela tem o aliciante de satisfazer o egoísmo individual das pessoas que tendem a admitir uma explicação criminológica determinativa (no sentido de previamente marcada pelo destino) para justificarem as suas más condutas, ou para defenderem a ideia de que o verdadeiro criminoso será, não o próprio membro do grupo que desenvolve esse raciocínio, mas outro em que se verifiquem determinadas características que aquele não possui, tem motivado diversas orientações filosóficas destinadas a tentar fazer aceitar, em maior ou menor grau, e com maior ou menor pretensão rigor científico, a sua ideia básica (existência no seio da sociedade, de tipos humanos com tendência congénita, ou adquirida a título quase definitivo, para a prática de violações das normas de conduta).

Encontram-se, designadamente, nessa situação de neo-positivismo penal as doutrinas que, sem êxito visível, têm tentado ultimamente relacionar a tendência para a criminalidade com a existência de ritmos encefalográficos considerados como característicos das idades mentais dos 9 aos 12 anos ou com a existência de um célebre cromossoma x (o cromossoma do crime) e as doutrinas que pretendem ver a tendência para a criminalidade como o produto exclusivo dos factores biológicos e ambientais sobre o homem (cf. von Liszt — «o crime é o produto do carácter do criminoso no momento do acto e das condições do ambiente a que ele está sujeito nesse momento» — numa posição que, curiosamente, é muito semelhante à do materialismo de Feuerbach, embora este seja considerado como da escola iluminista).

As doutrinas positivas e neo-positivas, surgidas como opposição filosófica à ideia da livre-determinação do homem, estabelecem a transição para a posição doutrinária que nega aos actos humanos qualquer possibilidade valorativa por parte dos seus agentes, e que nega todo e qualquer aspecto de responsabilidade moral no homem, e que, por isso, funda a legitimidade da reacção social (traduzida naquilo que vulgarmente se chama penas e medidas de segurança ou medidas de

polícia) exclusivamente na responsabilidade social, na perigosidade do agente (perigosidade que, inclusivamente poderá consistir no facto de o mesmo agente desenvolver, ou deixar desenvolver, por forma que lhe seja socialmente atribuível, uma sua propensão criminosa, o que, em determinadas circunstâncias, poderá vir a constituir a base de apoio das doutrinas da culpa na formação da personalidade, surgidas embora num esforço intelectual de pretensão de superação do positivismo).

(Diga-se, de passagem, que tal posição ideológica, que se pode chamar *doutrina da culpa social*, virá a ter o seu expoente legislativo máximo, na actualidade, na legislação soviética, como muito sumariamente se verá mais adiante).

Estas doutrinas positivas e neo-positivas (designação que se prefere à de positivistas e de neo-positivistas que têm, filosoficamente, um sentido diverso) tendem mais uma vez a unificar os regimes e os institutos das reacções sociais aos actos lesivos e às situações de perigo de lesão das normas de comportamento, mas agora, ao contrário das anteriores, por forma que sejam os actos lesivos os reconduzidos à outra categoria.

O seu mérito reside na circunstância de terem conseguido formular filosoficamente o *instituto da perigosidade* e de terem conseguido fazer transferir, para o campo doutrinariamente melhor trabalhado do direito penal, o mesmo instituto, bem como de terem conseguido estruturar juridicamente a realidade reactiva da vida social a que se convencionou chamar «*medida de segurança*».

Influenciaram nessa medida grandemente a génese dessas figuras jurídicas do nosso direito actual no seu aspecto filosófico.

Numa fase posterior, tendente à superação das anteriores posições doutrinárias, surgem outras posições filosóficas, nos tempos mais recentes, que pretendem dar relevo aos dois aspectos considerados, mas que, neste momento, não têm especial interesse para a determinação histórica do aparecimento do instituto em estudo designado como «*medidas de segurança*», por serem posteriores ao começo do uso da expressão, e que só convirá examinar ao tentar determinar-se a verdadeira natureza do mesmo instituto.

Vê-se, assim, quer pela aproximação empírica, quer pela rápida digressão pelas diversas filosofias que têm aparecido, que a caracterização das reacções do grupo social de que nos temos estado a ocupar se encontrava, na data da publicação da Reforma Prisional, em situação fortemente confusa, sob a influência de duas tendências contraditórias: a tendência para a unificação dos dois tipos de reacção indicados, e a tendência para a sua diferenciação em figuras jurídicas distintas.

Na verdade, desde 1894 (data do aparecimento da expressão «*medidas de segurança*» no projecto do Código Penal Suiço de Carlos Stoops)

tem havido indecisões e imprecisões sobre a natureza e regime dessas medidas, indecisões e imprecisões que variam em função da maior ou menor aceitação, em dado momento, da posição cultural do grupo perante a aceitabilidade ou rejeitabilidade das doutrinas que servem de apoio à chamada escola positiva do direito penal. sobretudo em virtude de o instituto «medida de segurança» ter começado desde então a ser estruturado com base na jurisdicionalização das actividades reactivas sociais necessárias à defesa do grupo contra o perigo das violações de normas comportamentais, em função do regime, já mais trabalhado, das reacções sociais contra as violações concretas das normas comportamentais, mas com subordinação destas àquelas, posição metodológica que não concitou unanimidade de opiniões.

A Reforma Prisional, embora fortemente influenciada pela escola neo-positiva, não deixou de estar sujeita a essas indecisões e imprecisões, apesar de todo o esforço feito para obter uma clarificação doutrinária, e acabou, por isso, por se basear em diferentes aspectos de cada uma das antagónicas posições indicadas, o que, como se viu, não auxiliou a correcta caracterização da figura «prorrogação da pena» consignada no seu art.º 117.º para designar o regime reactivo contra determinadas situações de perigosidade.

#### SUB-SECÇÃO III — A DEFESA SOCIAL CONTRA OS INIMPUTAVEIS

Propositadamente não se fez até agora referência a uma outra realidade da vida social que se traduz na circunstância de haver alguns dos membros do grupo que, por razões de insanidade mental, não têm consciência da licitude ou ilicitude dos seus actos, mas que não deixam, por isso, de tomarem ou de poderem tomar atitudes susceptíveis de violarem as regras de convívio social, realidade esta que implica que o grupo tenha de adoptar medidas de reacção contra aquelas atitudes sem qualquer referência à sua licitude ou ilicitude.

Tradicionalmente essa realidade é olhada como distinta dos outros estados de perigosidade já focados, por estes se applicarem a individuos considerados como capazes de entenderem e de quererem, enquanto aquela é vista como applicada a individuos sem essa capacidade de entendimento e de querer, e só com as doutrinas positivas e neo-positivas surge, como se viu, a tendência para a equiparação dessa realidade às restantes, em virtude de essas doutrinas reconduzirem todas as reacções sociais à ideia da defesa da sociedade contra actos que nunca são dominados pelo livre-arbítrio (mesmo quando enquadrados nos que normalmente se consideram como rigidos pela livre capacidade de entendimento e de querer).

No entanto, como esta posição extrema, de determinismo absoluto, não conseguiu ter apoio pleno, mesmo nas ideologias que se consideram como fortemente neo-positivas, como a que dá côr à legislação penal soviética actual, continua em todo o mundo a aceitar-se, com maior ou menor amplitude, que há actos dos seres humanos susceptíveis de censura e actos que dela não susceptíveis, por praticados por quem não tem a necessária sanidade mental.

Daí que, por a realidade correspondente à prática desses últimos actos ser entendida como respeitante a uma situação distinta, se tenha criado a ideia da necessidade da applicabilidade de medidas segregatórias puras (ou, quando muito, mais tarde, dirigidas também para o tratamento e recuperação dos seus agentes) como reacções sociais aos estados em que se considere impossível um juizo valorativo por parte de certo membro do grupo, em virtude da sua doença mental, mas se reconheça como indispensável a defesa da sociedade contra actuações desse membro irresponsável susceptíveis de porem em perigo a vivência social no grupo.

Tal característica específica dessa realidade social tem conduzido a que, unanimemente, em todas as posições doutrinárias que se debruçam sobre o problema da perigosidade, se considere como justificada uma reacção social daquele tipo.

Precisamente porque é uma realidade com uma razão de ser que se apresenta como diferente, tem havido doutrinas que defendem que só ela deve justificar a applicabilidade de «medidas de segurança», com reserva do instituto «penas» para todas as restantes realidades sociais analizadas, o que ainda mais tem contribuído para aumentar a anterior confusão ideológica sobre o assunto.

Ao mesmo tempo, porque é uma realidade que exige a intervenção de técnicos (médicos especializados) e cai principalmente sob a alçada das regras relativas à prevenção e tratamento sanitários dos membros do grupo, é frequentemente considerada como uma situação que exige apenas um mínimo de contemplação pela ordem jurídica do grupo, o que também não tem ajudado a clarificar a correcta delimitação dos institutos que devem caber no âmbito desta.

Em virtude desta dupla tendência para a caracterização da perigosidade social dos inimputáveis (tendência para considerar as correspondentes reacções sociais como medidas de segurança puras e únicas; tendência para afastar tais reacções do âmbito do direito) tem havido situações históricas em que o poder organizado dum grupo social se tem aproveitado da ideia dessa perigosidade para conseguir impor medidas segregatórias a membros da comunidade mentalmente sãos mas ideologicamente perigosos para o grupo que detém aquele poder.

Foi o que sucedeu, por exemplo, com o internamento do marquês de Sade, sob a acusação velada de loucura sexual, na Bastilha, durante o reinado de Luis XVI, donde foi solto pelo povo, juntamente com outros presos políticos, em 14 de Julho de 1789, ou com o internamento posterior do mesmo marquês, no hospício de alienados de Charenton, onde veio a falecer, fundado em loucura, e motivado, na realidade, por ter publicado um romance Aline et Valcour, em que satirizava os membros da família imperial e o próprio Napoleão.

Foi o que se passou, também, com o internamento no castelo da Pena, em Sintra, do nosso rei D. Afonso VI, sob a acusação de loucura..., quando o irmão, D. Pedro II, depois de lhe tomar conta da mulher, se apoderou do poder.

É também o que se passa ainda hoje no direito penal soviético, em que o internamento psiquiátrico em estabelecimento apropriado de tratamento especial é a medida aplicável aos dissidentes ideológicos especialmente perigosos, de que são exemplo os casos bem conhecidos do general Grigorenko e do matemático Pliutch bem como o de Gemnady Shimanov, submetido a esse tratamento em 1969 por, depois de homem feito, ter acabado por adquirir ideias religiosas e tal só poder constituir um sintoma de anomalia mental num indivíduo educado como ateu, oriundo de uma família de ateus num país de filosofia oficial virada para o ateísmo (vd. sobre este caso Review of the International Commission of Jurists n.º 14, de Junho de 1975, no artigo de Clayton Yev, a págs. 34 e seguintes «Psychiatry the law and dissent in U.R.S.S.»).

Toda esta confusão, voluntária ou não, sobre o conceito da perigosidade por insanidade mental, sobre o âmbito do respectivo instituto e sobre a legitimidade das medidas de reacção social contra os inimputáveis, não tem ajudado à perfeita determinação da realidade «medida de segurança», e, repete-se, foi devido a esse facto que até agora propositadamente se lhe não fez referência, como se disse, para não tornar, logo de início, ainda mais confuso o panorama, já de si também confuso como se viu, da delimitação jurídica dos institutos em análise («prorrogação da pena», «penas», «medidas de segurança», «delinquentes de difícil correcção»).

Logicamente, porém, como é óbvio, o estudo das realidades «perigosidade dos inimputáveis» e «reacções sociais contra essa perigosidade» estará fora do âmbito da realidade «perigosidade dos delinquentes de difícil correcção» de que nos estamos a ocupar, e só terá de ser considerado se e na medida em que o tratamento dessas realidades possa ter aspectos comuns ou caracteristicamente dissemelhantes que justifiquem o seu estudo comparativo.

Desde já, no entanto, não se quer deixar de apontar como erróneo e como anti-jurídico o uso de qualquer dos institutos dos direitos

penal ou para-penal em realidades diferentes daquelas que lhes servem de estrutura social, como, segundo as nossas concepções culturais, se verificará nos exemplos apontados.

SUB-SECÇÃO IV — REGRESSO A CATEGORIA DOS DELINQUENTES DE  
DIFÍCIL CORRECÇÃO

Toda a longa exposição precedente teve como finalidade primordial o carreamento de dados que nos permitam situar, no campo da evolução doutrinária, a realidade jurídica a que hoje, a partir da Reforma Prisional, se chama «criminosos de difícil correcção» e que é, como se viu, o instituto criado para justificar um determinado tratamento a uma categoria de membros do grupo que, em função dos conhecimentos dados pela experiência dos séculos, se encontra em condições de, com relativa facilidade, vir a infringir as regras da convivência no grupo, e apresenta, por isso, uma perigosidade que justifica a consideração da tomada, pelo grupo, de especiais medidas reactivas destinadas à protecção do mesmo grupo.

A perigosidade, neste caso, provirá, quer de um comportamento pluri-delinquente que faz recear, com elevado grau de probabilidade, uma conduta posterior criminosa se o respectivo agente se encontrar em liberdade, quer de um comportamento uni-delinquente mas cometido em condições tais que façam suspeitar, com muita seriedade, encontrar-se o seu autor em condições de não ser pressionável pelos comandos ético-jurídicos do conjunto de normas reguladoras da vida do grupo, não obstante dever ser considerado como criminalmente responsável.

Na primeira hipótese, a perigosidade resultará da comissão de várias infracções das regras de conduta, infracções denominadas crimes, quer elas sejam da mesma natureza (reincidência específica), quer de diversa natureza (reincidência não específica, ou sucessão), ou da prática de actos de não aceitação grave do regime punitivo por parte do condenado, quando tais actos façam nascer a convicção da perigosidade do agente como ser a-social.

Na segunda hipótese, a perigosidade resultará da comissão de um crime em condições tais que o grupo considere o seu autor como um ser estruturalmente dirigido para a prática de actos delituosos.

Correspondem, por isso, à primeira categoria, as figuras dos delinquentes habituais e dos delinquentes indisciplinados, e, à segunda, a dos delinquentes por tendência.

Estas diferentes figuras, surgidas também a nível internacional, foram juridicamente estruturadas a partir da construção filosófica elaborada pelas escolas positiva e neo-positiva, e foram também aglutinadas pela Reforma Prisional numa só, a dos delinquentes de difícil correcção.

Têm, no entanto, como é evidente, origem em diferentes institutos históricos e só têm de comum a perigosidade dos seus agentes e a instituição do regime denominado de «prorrogação da pena».

Por isso, passaremos a estudá-las de seguida, com começo pelas de mais fácil enquadramento.

#### SUB-SECÇÃO V — DELINQUENTES INDISCIPLINADOS

Esta categoria criminal foi extinta no nosso direito pela reforma penal de 1972, pelo que, hoje, já só tem interesse histórico, mas de especial relevo para a compreensão da posição doutrinária do nosso legislador.

Enquadra-se na ideia de perigosidade proveniente da verificação da ineficácia de uma dada situação de prevenção social sobre as manifestações do delinquente, por forma que a sua conduta prisional leva ao receio da sua não regeneração, do seu inconformismo com as regras de vivência no grupo a que pertence.

O art.º 111.º da Reforma Prisional determinava que se considerariam *indisciplinados* os presos que, em qualquer cadeia, penitenciária, ou prisão-escola, se mostrassem inadaptáveis ao respectivo regime prisional e de difícil correcção e, no propósito aparente de qualificar a figura como de direito administrativo disciplinar penitenciário, estabelecia que essa qualificação do recluso seria feita pelo Conselho Superior dos Serviços Prisionais, mediante proposta fundamentada do director do estabelecimento.

Como, porém, sujeitava os reclusos assim qualificados ao regime de prorrogação indefinida do encarceramento aplicável à categoria genérica dos criminosos de difícil correcção (de que os delinquentes *indisciplinados* eram uma espécie), já aquele aparente propósito nos surge, pelo menos, desvirtuado, uma vez que, na prática, o regime instituído vinha permitir a subtracção à apreciação judicial de situações puramente segregatórias, deixadas ao arbítrio (ou quase) da Administração ou de organismos de carácter policial que, porventura, tivessem funções directivas de estabelecimentos prisionais.

É neste contexto que adquire especial significado o conjunto das reformas de 1945, pelas quais se cria o Tribunal de Execução das Penas, com competência para a aplicação das medidas de segurança e para a classificação dos delinquentes de direito comum como de difícil correcção, se extingue o Tribunal Militar Especial (competente para julgamentos de carácter político) e se reestrutura a Polícia Internacional e de Defesa do Estado, por forma que, em conjugação com o preceituado no art.º 175.º do Código Penal, o decretamento do

prolongamento do internamento, por indisciplina. aos condenados por crimes políticos continuava a poder ser subtraído à jurisdição daquele primeiro Tribunal.

Desta figura dos delinquentes indisciplinados deve ser separada a figura pré-existente do criminoso que se evade durante a condenação (ou, melhor, durante o cumprimento da condenação) considerada como crime autónomo, com específica punição, pelo já mencionado art.º 196.º do Código Penal, embora essa evasão pudesse ser um dos índices (às vezes o único) de uma indisciplina do preso justificativa da sua classificação como indisciplinado.

A categoria dos delinquentes indisciplinados, não era, todavia, completamente estranha ao nosso direito antigo, pois duas situações anteriores tinham com ela fortes afinidades.

A primeira era a dos *delinquentes que revogam as confissões judicialmente feitas*, previsto no Título V do Livro III do Regimento da Inquisição Portuguesa de 1774 (e, muito provavelmente, nos regimentos anteriores, de 1552, 1570, 1613, e 1642, que me não foi dado consultar) e, que motivava, para uma situação de nítido perigo para as actividades processuais penais respeitantes à Fé dos cidadãos, a aplicação de sanções, quase sempre segregatórias, como a relegação ao braço secular (eufemismo legal para designar a pena de morte), o degredo para galés, ou para algumas das conquistas do Reino, ou para o Brasil, ou para Angola, e só algumas vezes com carácter punitivo infamante — condenação a açoites.

A segunda era a aplicação da «pena» de deportação para os *presos* que se mostrassem incorrigíveis, ou cuja *presença* se tornasse *perigosa* no estabelecimento, consignada pela Lei de 20 de Julho de 1912.

A categoria dos presos indisciplinados, como se vê, correspondia fundamental e historicamente à existência de certa perigosidade para a ordem social estabelecida, revelada pela inadaptação do agente a um dado regime penal ou processual penal vigente, justificativa da aplicação de medidas de reacção do grupo de natureza principalmente segregatória.

#### SUB-SECÇÃO VI — DELINQUENTES POR TENDENCIA

Segundo a Reforma Prisional e, hoje, o Código Penal, integrar-se-iam nesta categoria aqueles que cometessem um crime grave contra as pessoas (homicídio ou certas ofensas corporais) em condições especialmente gravosas e cujos comportamentos, anterior ou posterior, revelassem perversão ou malvadez que os fizessem considerar gravemente perigosos.

É costume dizer-se que esta categoria não teria antecedentes conhecidos no nosso direito anterior, pelo que ela seria manifestamente proveniente da projecção, no nosso sistema jurídico, da teoria biológica da escola positiva, ainda que por aplicação da sua modalidade posterior, neo-positiva, segundo a qual o delinquente poderia ter propensão para a prática do ilícito, não só por razões congénitas, como por influência de factores externos, resultantes do meio ambiente.

A partir de tal origem o instituto justificaria, não a aplicação de uma pena, mas a de uma reacção segregatória, ou medida de segurança na linguagem positiva, como defesa da sociedade contra a perigosidade proveniente da quase certeza da repetibilidade de novos actos delituosos, expressa pelas condições especiais da comissão do primeiro acto, e isso por existirem, no caso concreto, fortes razões para se suspeitar que sobre o agente não actuaría o mecanismo psicológico de prevenção resultante do funcionamento normal de um dado sistema penal, mecanismo este denominado de «compulsão psicológica» por Feuerbach in «Lehrbuch d. gem. peinlichen Rechts — 1801.

O problema não é, porém, tão simples, pois, se é certo que a construção doutrinária desta categoria provém da actividade filosófica da escola neo-positiva, não é menos certo que, no direito antigo, havia uma situação que, desde tempos imemoriais, apresentava diversas parecenças com a figura considerada.

Era ela o *crime de lesa-magestade* em que, segundo as leis romanas (depois admitidas como direito pátrio, como é sabido, os filhos e netos do delinquente eram privados dos bens paternos e de toda a successão, *não tanto para castigo do delicto, como para segurança do Príncipe*, e para que o amor dos filhos tornasse os pais mais amigos da República (cf. Cícero, epístola XII a Bruto), e em que se admitia a formação do processo contra o arguido, ainda que este já estivesse morto.

É que o crime de lesa-magestade, porque ia ofender gravissimamente os conceitos sociais da época, baseados na existência de governantes por direito divino, colocava os seus autores na situação de suspeitos por tal forma de serem potenciais e prováveis novos violadores da ordem jurídica estabelecida, que se justificava, nesse direito antigo, não só a transmissão da infâmia que o acompanhava para os descendentes (o que modernamente nos repugna e é inaceitável), como também a aplicação da correspondente pena de morte com torturas atrozes, do que são exemplos bem conhecidos as arrepiantes execuções do duque de Aveiro, dos marqueses de Távora e demais conjurados, culpados da tentativa de regicídio de D. José I, e justicados em 13 de Janeiro de 1759, e a não menos arrepiante execução de Damiens, igualmente acusado da tentativa de regicídio de Luis XV, em França, e justicado em 28 de Março de 1757 por forma tão cruel que ficou célebre terem-se-lhe embranquecido os cabelos entre a manhã e a tarde no dia da execução

(cf. História de Portugal escrita por uma sociedade de homens de letras — e atribuída a Pinheiro Chagas — volume VIII, pág. 181 e seguintes, e memórias de Casanova, tomo V, cap. III, pág. 79 e seguintes na edição dos *Livres de Poche*, estas com erro de um ano quanto à indicação da data).

Há, assim, que determinar se a natureza desta figura — *delinquentes por tendência* — será aquela que tradicionalmente, desde 1936, se lhe aponta.

Não temos a menos dúvida, em face do já exposto, de que a realidade considerada é a mesma nas diversas situações apontadas, e só aparenta divergências na medida em que a sua formulação, do direito antigo, obedece a um critério empírico, e, na legislação actual, obedece a um empirismo que se pretende científico.

Em ambos os casos, na verdade, o que se verifica é a existência de uma conduta que, pelo que representa de violadora do sentimento geral sobre as normas básicas do comportamento para com as pessoas dentro do grupo, origina nos membros deste uma vincada sensação de perigosidade a respeito dos actos do infractor, justificativa da tomada, pelo mesmo grupo, de uma reacção social sem carácter punitivo, orientada apenas, ou principalmente, para a segregação, para prevenção especial daquele que porventura pratique essa conduta, reacção essa a aplicar para além da pena mais ou menos grave que lhe seja imposta.

Por tal razão, entende-se como correcta a ideia inicial, de se considerar o instituto dos delinquentes por tendência como introduzido no direito em consequência da elaboração filosófica, em que se baseia a escola positiva, traduzida pela noção da existência de um determinismo mais ou menos vincado na conduta criminal humana, e que justificará a aplicação de reacções sociais segregatórias em função da especial perigosidade demonstrada pelo agente, independentemente da sua punição pelo facto praticado.

#### SUB-SECÇÃO VII — *DELINQUENTES HABITUAIS*

Quer para a Reforma Prisional, quer para o actual Código (redacções de 1954 e de 1972), consideram-se delinquentes habituais aqueles que, por terem um determinado passado criminal, e por praticarem, em certas condições, um novo crime da mesma natureza, ou de natureza diferente da das anteriores (mas, neste caso, em circunstâncias pessoais ou materiais que revelem o hábito de delinquir), sejam como tais declarados pelos tribunais por ocasião da condenação por esse novo crime.

Consignou-se, assim, a noção de perigosidade dos indivíduos que, em virtude do seu passado criminal, e da sua reiteração na prática do ilícito, fazem prever não serem normalmente sensíveis aos mecanismos de inibição psicológica que resultam do pleno funcionamento de um dado regime punitivo.

No propósito de deixar bem vinculada a ideia de que esse estado de perigosidade teria um sentido de perigosidade real, diverso da perigosidade potencial resultante da vivência em determinados estados a-sociais, como a vadiagem, o legislador da Reforma Prisional veio determinar, no seu art.º 154.º § único, que «*não serão equiparados aos vadios, para os efeitos deste diploma, os delinquentes habituais ou por tendência*».

No entanto, como já se referiu, e contra o constante dessa disposição, os delinquentes habituais (e o próprio género «delinquentes de difícil correcção») foram, na prática jurisprudencial e no sentimento difuso da população, e no que concerne à natureza das medidas segregatórias que lhes eram aplicáveis, equiparados aos vadios.

Convém, por isso, determinar a razão que terá determinado tal entendimento.

A história das situações concretas correspondentes às duas categorias de estados de perigosidade (reincidência, em sentido amplo, e vadiagem) permitir-nos-á, pelo menos em parte, perceber a razão dessa parcial equiparação produzida pela prática do direito.

O instituto dos delinquentes habituais tem origem, no nosso direito, e para além da elaboração filosófica da escola-neo-positiva, em duas figuras criminais consignadas nas Ordenações:

- 1.ª) a punição da *reincidência no furto grande* (ou superior a um marco de prato ou a 400 réis), que conduzia à aplicação da pena capital na condenação pelo terceiro desses furtos (Ordenações Filipinas, livro V, título 60 § 3.º).
- 2.ª) a punição dos «*ladrões famosos*», que podiam oficialmente ser presos e processados pelos Juizes, e que podiam ser presos por quaisquer particulares e entregues ao magistrado mais próximo, *tal como os vagabundos e ociosos* (cf. Ordenações, livro I, título 58 § 38.º e título 63, § 2.º, e livro V, título 60 § 7.º, e Alvará de 14 de Agosto de 1751, título XII, § VII, em harmonia com Pascoal de Melo, ob. cit. Bol. 155-158).

(Note-se, desde já, que qualquer destas duas categorias de seres considerados perigosos para a sociedade não é original no nosso direito

e provém da codificação romana, pelo que motivou o aparecimento, nos direitos europeus, de previsões semelhantes e justificou, mais tarde, uma relativa unidade de elaboração doutrinária dos correspondentes institutos).

A razão de ser da equiparação do regime da captura (e, em certa medida, do tratamento) dos «ladrões famosos» ao dos vagabundos ociosos resulta de ter sido esta última categoria aquela que, por mais antiga, se encontrava melhor regulamentada e ter passado, por isso, a constituir o paradigma do tratamento a conceder aos indivíduos cujo estado de vida, cuja actividade na vida, os fazia serem considerados como perigosos para a manutenção estável do agregado social a que pertenciam.

Será precisamente nessa circunstância, que se deve procurar ver a génese do sentimento tendente à unificação do tratamento das duas figuras, e que atrás foi expressa quando se fez referência à necessidade de defesa na sociedade, contra os estados considerados como primários e típicos da perigosidade: a vadiagem e a reincidência (cf. supra — c) *Evolução Histórica do Instituto*).

É que, na verdade, quer a situação de *vadiagem* (com as figuras afins da *tavolagem*, do *proxenetismo*, ou da *prostituição*) quer a de *reincidência* (genérica ou acumulação, e específica) originam na sociedade a mesma sensação de perigosidade para a vida comunitária, por serem consideradas como índices dessa perigosidade, e apenas se diferenciam pelo maior ou menor relevo que lhes é dado na sua qualidade de índices mais ou menos seguros da mesma perigosidade.

Ora é precisamente por o legislador da Reforma Prisional não ter tido em atenção a existência dessa tradição unificadora das duas situações que consignou a sua expressa separação na lei, sem que, na prática, tivesse conseguido impôr a observância do princípio formulado, pelo menos na generalidade dos seus aspectos significativos.

Segundo Marx (Capítulo I, da *Ideologia Alemã*, a págs. 55 do Vol. I das *Obras Escogidas* em três tomos, da *Editorial Progresso*, Moscovo), a vadiagem, como estado ou modo de vida, terá surgido, com características de problema social, com o começo da produção industrial manufacturada, e terá sido motivada pela supressão dos exércitos ou mesnadas feudais, pelo licenciamento dos exércitos que tinham servido os reis contra os vassallos, pelos progressos da agricultura e transformação de grandes extensões de terras de cultura em pastagem, numa coincidência exacta com a desintegração do feudalismo. A vadiagem, assim, aparecer-nos-ia no século XIII, embora só se tivesse generalizado e convertido em fenómeno permanente nos fins do século XV e nos começos do século XVI, por forma a terem sido tão numerosos então os vagabundos ou vadios que Henrique VIII de Inglaterra, por exemplo, teria mandado enforcar 72.000 vadios.

Parece-nos esta interpretação demasiado simplista e historicamente errada, pois é sabido que já séculos antes, em pleno auge do Império Romano, se verificavam problemas sérios de vadiagem e dos seus estados afins (tavolagem e ociosidade) como se pode ver pela leitura de Petrónio, no *Satiricon* (como se depreende da cena com o soldado no capítulo IV) ou pelo facto de Augusto ter criado os «vico magistris». magistrados encarregados da vigilância dos quarteirões regionais na luta contra a desordem, o jogo, e a vadiagem.

Seja como fôr, porém, parece que a estruturação jurídica da segregação social dos vadios, mendigos, ociosos, e equiparados terá tido a sua origem, pelo menos, com as disposições de direito romano (*Digesto*, título «*de aleatoribus*») que estabeleciam sanções para os jogadores e que, juntamente com uma lei de D. Dinis, vieram a constituir, nas Ordenações Filipinas, o título 82 do livro V.

No entanto, que se saiba, o desenvolvimento jurídico da segregação dos vadios, considerados implicitamente como perigosos, terá sido plenamente formulado no nosso direito apenas com a lei das sedmarias, de D. Fernando (a de D. Dinis parece ser omissa sobre o assunto) de 26 de Junho de 1375, segundo a qual os *vadios, mendigos e ociosos*, eram condenados, como *adscritos da gleba*, ao cultivo das terras produtivas por conta do Estado.

(É curioso notar que esse regime dos vadios parece só ter sido aplicado aos que vivam escandalosa e desonestamente, ou do jogo, por decreto de D. Pedro II de 23 de Setembro de 1701, quando a realidade jogo ou tavolagem já constituía um perigo social desde mais de mil anos antes).

A ideia de aproveitar os vadios e equiparados, mediante uma medida segregatória que permita utilizá-los em trabalho obrigatório, mas proveitoso para a comunidade, que está na base dessa lei de D. Fernando, manteve-se em todo o nosso direito posterior, quase sempre orientada para o trabalho agrícola, por ser considerado, no nosso País, como a actividade social primária, e foi especialmente bem manifestada no Código Penal de 1852, com a instituição do regime da *entrega ao governo* dos vadios (art.º 256.º), regime esse regulamentado pela Lei de 27 de Julho de 1855 (art.º 51.º), pela Lei de 29 de Abril de 1875 (art.º 27.º), pelo decreto de 20 de Dezembro de 1875 (art.ºs 48.º, 50.º, 68.º, e 88.º a 91.º) e pelo decreto de 21 de Novembro de 1878 (art.ºs 3.º, 22.º, 53.º, 90.º a 92.º, e 97.º).

É a mesma ideia que está na base da Lei de 20 de Julho de 1912, da Reforma Prisional, e da actual redacção dos art.ºs 70.º e 71.º do Código Penal (*internamento dos vadios em casa de trabalho ou colónia agrícola*), sendo de notar, como curiosidade, que a nossa primeira colónia agrícola foi criada, no papel, não pela lei de 20 de Julho de

1912. como normalmente se julga, mas pela portaria de 28 de Novembro de 1879 e pela Lei de 22 de Junho de 1880 art.º 1.º.

Durante algum tempo, antes do Código de 1852, e desaparecida do nosso direito a figura dos servos ou adscritos da gleba, eram os vadios e equiparados sujeitos a trabalhos forçados (e com direito, pelo menos a partir do decreto de 4 de Novembro de 1755, a um vencimento diário que, na altura, era de 80 réis...).

Foi toda esta regulamentação jurídica das medidas de defesa da sociedade contra os ociosos, criadora da ideia da segregação acompanhada da obrigação da prestação de trabalho útil, e elaboradora, afinal, da criação do instituto jurídico «*entrega ao governo*» (utilizado legalmente pela primeira vez, com essa designação, no Código de 1852), que deu origem, no nosso direito, à noção de que a realidade social «*perigosidade*» deveria ser sujeita a um regime jurídico distinto do das «*penas*» propriamente ditas, bem como à ideia de que o regime correspondente à defesa contra a perigosidade deveria ser o que fora estruturado em relação aos vadios, mendigos e ociosos.

Daí a já referida equiparação dos jogadores ao regime dos vadios, feita pelo decreto de 1701; daí a equiparação do regime dos vadios aos mendigos (art.º 91.º do decreto regulamentar de 20 de Dezembro de 1875, art.ºs 2.º e 7.º da Lei de 20 de Julho de 1912; art.º 4.º do decreto-lei 36.668); daí, também, a equiparação, hoje inexistente, dos «*ciganos*» aos vadios (Ordenações, Livro V, título 69, Extravagantes, de Filipe II, de 7 de Janeiro de 1606, de D. João V, de 10 de Novembro de 1708, Alvará de D. José, de 20 de Novembro de 1760); daí, igualmente, a já mencionada equiparação do tratamento dos «*ladrões famosos*» ao tratamento que era dado aos vadios; daí, ainda, a equiparação dos rufiões aos vadios (Lei de 20 de Julho de 1912, art.º 4.º e 8.º, decreto-lei 44.579, art.º 2.º).

Daí, igualmente, a aplicação do regime da «*entrega ao governo*» dos delinquentes que tivessem sofrido um certo número de condenações (categoria nitidamente correspondente à dos actuais delinquentes habituais) feita pela Carta de Lei de 21 de Abril de 1892, e a *equiparação a vadios* dos delinquentes que tivessem sofrido um certo número de condenações e fossem maiores de 16 e menores de 60 anos, constante do art.º 5.º da Lei de 20 de Julho de 1912.

É, assim, toda esta tradição de equiparação do tratamento dos diversos estados de perigosidade ao regime próprio dos vadios que está na base da posição jurisprudencial e popular já referida que, contra o preceito expresso do § único do art.º 154.º da Reforma Prisional, levou a considerar como da mesma natureza das medidas aplicáveis a vadios a figura criminológica prevista nos art.ºs 117.º da Reforma

Prisional e 67.º do Código Penal («prorrogação da pena» dos delinquentes de difícil correcção).

Será, finalmente, essa tradição da equiparação que terá levado a uniformizar, em função da identidade de tratamento jurídico consignada no art.º 67.º para as três realidades que serviram de base à criação da figura «*delinquentes de difícil correcção*», a natureza dessas três realidades, e que terá levado a distinguir nelas, como traço comum, a *perigosidade social* que elas contemplam.

É por isso que todas as referências ao conceito de perigosidade, a sanções punitivas, a reacções segregatórias do grupo social que anteriormente se têm feito obrigam a que se tenham de concretizar as respectivas estruturas, em ordem a poderem ser perfeitamente delimitados os correspondentes institutos.

### CAPÍTULO III

#### AS PENAS E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Como já atrás se referiu, a existência de duas situações distintas (infracção de uma determinada regra de convivência no grupo, ou vivência num estado que faça reccar a prática de infracções ou a tomada de atitudes especialmente lesivas das normas consideradas como fundamentais da sobrevivência no grupo) a que se chamou, respectivamente, anti-sociais e a-sociais, motivou, nas sociedades humanas, a criação de dois tipos de reacção social: as penas e as medidas de segurança, ou medidas policiais, ou políticas.

Para a caracterização dessas diferentes modalidades de reacção formulou a doutrina determinadas construções jurídicas que ainda hoje se mantêm com maior ou menor individualidade e que agora, depois da aproximação empírica, da indicação sucinta de correntes filosóficas genericamente explanadas, e da referência aos textos legais antigos e actuais, já é possível, desenvolver mais pormenorizadamente.

Tradicionalmente, e por influência dos três regimes penais que determinaram o moderno direito criminal (o sistema do médio-oriente, com a pena de talião; o direito romano, com a perda da liberdade ergastular, a condenação a trabalhos públicos, como as galés e outros; e o direito germânico-visigótico, com a «inimicitia» ou perda da paz, e as subsequentes composições pecuniárias) estabeleceu-se como característica das «penas» a existência de uma determinada infracção das normas de conduta social, motivadora da aplicação de um *castigo*.

inicialmente igual ao mal causado e, depois, diferente, mas proporcional a este, *destinado a punir o mesmo mal e a reparar*, se possível, o dano originado pela actuação ilícita.

As primeiras formulações filosóficas que tentam caracterizar as «penas» apontam-nos esses aspectos como específicos da natureza das reacções sociais em que elas se traduzem, mas, com o decurso do tempo, a essas ideias originais da punição do mal causado e da reparação do dano produzido outras se vêm juntar em resultado dos esforços filosóficos para se estabelecerem devidamente os limites da realidade punitiva.

É assim que se começa a falar em *intimidação ou prevenção geral* consistente em fazer motivar as restantes pessoas para a não prática do acto ilícito mediante a publicidade e a dureza do castigo previsto para a prática de tal acto ilícito (são exemplos da pretensão de intimidação geral a referência de Cícero atrás citada sobre o crime de lesa-majestade bem como, na guerra de 1939-1945, o rigor das execuções capitais nos campos de concentração que deviam, ao mesmo tempo, ser presenciadas por alguns dos internados nesses campos, ou o rigor das intervenções da Gestapo contra os resistentes, com o recurso à célebre cadeira de dentista e o hábil espalhar entre o público do conhecimento da existência dessas sanções, ou, ainda, a publicidade dada no nosso direito antigo à aplicação de diversos castigos penais, como a pena de morte, os açoites, a exposição no pelourinho, a intervenção em procissão pública de penitência em certos casos de crimes contra a religião julgados pela Inquisição, etc).

Simultaneamente fala-se também em *intimidação ou prevenção especial*, consistente em fazer motivar o próprio infractor, pela aplicação do castigo, a não voltar a violar as normas de comportamento.

Desta forma, a «pena», em determinado momento, passa a ser caracterizada como o instituto jurídico reactivo pelo qual se castiga o mal praticado, se tenta, se possível, reparar o dano causado, e se procura agir psicologicamente sobre o agente e sobre os outros membros do grupo por forma a não serem motivados para a prática de actos semelhantes ao que motivou aquela sanção.

Deve-se, no entanto, desde já frisar que a referência às prevenções ou intimidações geral e especial ultrapassa o âmbito do instituto «penas» que quer caracterizar, pois corresponde à introdução de um critério finalista, de política criminal, numa realidade naturalisticamente diferente.

Com efeito, *a pena é, basicamente, a aplicação de uma reacção de castigo*, imposta pelo grupo social, em virtude da existência de uma infracção às regras de convivência dentro desse grupo (e é por ser isso que, de começo, ela poderia ser aplicada a animais ou, até, a seres inanimados, como se pode ver na Bíblia — com a «punição» por arrastamento, ou por outros meios mecânicos, das casas atacadas de «lepra»

— Levítico, XIV, versículos 45 e 48 — ou com a punição pela morte por apedrejamento do boi que mate algum ser humano — Êxodo, XXI, versículos 28 e 29).

Tudo o mais que se adicionou ao instituto não faz parte da sua natureza específica e corresponde, antes, à intervenção de factores externos à realidade, normalmente finalistas ou utilitários, e destinados a introduzir no mesmo instituto elementos destinados a moralizar a aplicação da sanção a que ele se reconduz, ou a dar-lhe características de segurança, de submissão à Justiça, de adequação às condições práticas em que ela é aplicada ou é aplicável.

São razões desse tipo, por exemplo, que levam à aceitação das ideias das prevenções, geral e individual, ou à da necessidade da proporcionalidade da pena à gravidade da infracção, ou que acabaram por fazer banir dos direitos actuais de base europeia as sanções de tipo infamante (como o barço e pregão, a exposição no pelourinho, os cortes de membros ou órgãos, a tonsura, as marcas com ferros em brasa, etc) ou com requintes de crueldade (morte por esquartejamento, por empalamento, por crucifixão, por suplicio em aspas ou na roda, etc).

Feita esta advertência, passaremos a considerar outros aspectos que, com o tempo, foram também sendo, erradamente, incluídos nas características das «penas» e que, precisamente por não serem específicos delas, só têm contribuído para o obscurecimento das noções respeitantes à sua correcta qualificação.

Esses outros aspectos vieram a ser (indicando-se apenas os mais importantes): *a ideia da segregação* (que historicamente, como se viu, não é específica das «penas» e, sim, das reacções do grupo originadas pela existência de um estado ou vivência a-social e considerado pelo mesmo grupo como perigoso para a sua própria sobrevivência); *a ideia de exploração do sentenciado* (com a utilização do trabalho deste como remador de galés; como forçado ou trabalhador forçado em obras públicas; ou como «servo da gleba» nas condições já apontadas; como trabalhador forçado em serviços privados considerados de interesse nacional, como sucedeu com o trabalho compulsivo dos internados nos campos de concentração alemães a favor, pelo menos, da I. G. Farben Industrie, ou o trabalho compulsivo nos campos de concentração russos actuais; como gladiador dos circos romanos; ou com a utilização do mesmo condenado em explorações de carácter geográfico, ou investigações científicas, ambas consideradas como geradoras de sérios riscos pessoais, como sucedeu nos Descobrimentos, com o emprego de degredados, condenados por crimes graves e julgados perigosos, na exploração do interior de África e do Brasil, ou, mais recentemente, nas investigações sobre os efeitos dos gases de mostarda e fósforo e outros efectuadas sobre os detidos dos campos de concentração nazis, ou sobre

os efeitos de determinados medicamentos destinados à cura da sífilis efectuadas nos Estados Unidos, ou, ainda, sobre a resistência ao congelamento, efectuadas também naqueles campos de concentração); a ideia de, através da execução da medida punitiva ou da medida segregatória se obter a recuperação social, ou regeneração do delinquente ou do perigoso, ideia esta que, em parte, corresponde já ao aperfeiçoamento da ideia anterior, de carácter finalista, da obtenção da intimidação especial do delinquente ou perigoso.

As reacções do grupo às violações das suas normas sociais vêm, assim, a ser caracterizadas doutrinariamente pelo maior ou menor ênfase dado a algum ou algumas das ideias atrás apontadas, em harmonia com determinadas ideias filosóficas dominantes em certas culturas e em certas regiões o que, manifestamente, não tem sido útil para a correcta determinação do que deva ser considerado como pena.

Por razões idênticas, mas de sentido filosófico inverso, se tem tomado a atitude semelhante em relação ao que deva ser caracterizado como a realidade actualmente designada como «medidas de segurança».

É assim que, surgida a ideia original, de as considerar como as reacções do grupo às situações de perigosidade para a sua sobrevivência, se lhe veio juntar a da obtenção da recuperação social ou regeneração do perigoso mediante, normalmente, a sua prestação de trabalho forçado, e que, por isso, ao carácter puramente segregatório inicial, se junta esse da recuperação social do referido perigoso, e se junta o da exploração deste, tudo em moldes idênticos aos acabados de anunciar.

Posteriormente surgem as ideias da prevenção especial, da prevenção geral, tal como para as penas, até que, como já se referiu, acaba por aparecer a posição filosófica, de nítida inspiração da escola neo-positiva, que defende não haver lugar a «penas» mas tão somente a «medidas de segurança» (É por isso, por exemplo, que no direito soviético actual, as medidas reactivas se aproximam fortemente daquilo que geralmente é designado por «medidas de segurança», embora nele sejam chamadas «penas», como se pode ver pelo artigo 1.º da lei fundamental penal respectiva, que qualifica como crimes os actos socialmente perigosos que a lei como tal considere, e pelos seus artigos 7—1, que estabelece quais são os «crimes graves» e entre os quais coloca os «crimes» especialmente perigosos para o Estado, sem precisar quais sejam estes, 23-1, que indica quais são os reincidentes, em sentido amplo, especialmente perigosos, 44-1, que determina a não aplicabilidade da liberdade condicional a estes e a outros delinquentes; é por isso, também, que no direito nazi já mencionado, a ideia da defesa da raça ariana pura acabou por conduzir aos programas de extermínio

sistemático de populações, efectuados nos campos de concentração, em nítido predomínio das medidas de segurança sobre as penas).

Por isso, torna-se necessário, tal como se fez com as «penas», determinar o que deva ser entendido, na nossa realidade histórico-cultural, por «medidas de segurança».

Em face de tudo o que já foi exposto e da própria orientação da exposição, é evidente que se defende um conceito de «medidas de segurança» contra-posto ao das «penas» e baseado na existência de atitudes reactivas do grupo social dirigidas contra os estados ou vivências dos seus membros que, pela sua a-socialidade, se tornam potencialmente perigosos para a manutenção das regras de convivência no grupo ou, mesmo, para a própria sobrevivência deste.

Crê-se que estas qualificações do que sejam «penas» e do que sejam «medidas de segurança», fundadas no reconhecimento de que, por muito condicionadas e determinadas que sejam as atitudes concretas do homem, existe sempre, por impossibilidade de conhecimento e apreensão de todos os factores determinantes, e por verificação de leis de frequência estatística, um amplo campo de condutas humanas em que a actuação do individuo nos aparece como o produto do livre arbítrio, da livre faculdade de querer e de fazer, se enquadram perfeitamente dentro da nossa cultura (em plasmagem da tradição, da doutrina filosófica, e daquilo que se nos apresenta como realidade) por forma a serem válidas, quer em face da Constituição Política de 1933 (que se dizia personalista), quer em face da actual Constituição (que se diz socialista).

Entendemos, por isso, que os dois institutos são realidades distintas, com diferentes razões de ser e diversos campos de aplicação, e que, a pesar do odioso que tradicionalmente tem recaído sobre as «medidas de segurança» (por forma a, frequentemente, por ingenuidade ou por maldade, motivar umas tentativas da sua subtracção ao campo do direito e enquadramento num direito para-penal, num direito administrativo, num direito policialí ou, mais realmente, na «razão de Estado»), temos de ter a coragem de as considerar como um instituto do direito penal (em sentido amplo) e de lutar por que elas, na sua aplicação, sejam expurgadas da possibilidade de serem deformadas por razões arbitrárias, da natureza política ou de outro qualquer tipo de ideologia.

São a não consideração dessa atitude e a existência do maior ou menor relevo dados aos aspectos acessórios atrás indicados que originam, na nossa doutrina, as posições divergentes dos Professores Eduardo Correia e Cavaleiro de Ferreira, os quais vêem na figura do artigo 68.º do Código Penal («prorrogação da pena») quer uma pena, estabelecida em função de uma situação criminal de «culpa na formação

da personalidade». quer aquilo que se deveria antes chamar uma «pena de segurança» (cf. Prof. Correia, Direito Criminal, 1949, págs. 313 e seguintes. e Prof. Ferreira, Lições).

Será assim que, a partir desse conjunto de ideias, que nos aparecem como resultado da tradição histórica e da sedimentação doutrinária, nós poderemos determinar a caracterização das reacções sociais dos actos ou situações que o grupo considera deverem ser especialmente interditas aos seus membros, por afectarem as regras de vivência social ou a sobrevivência do próprio grupo.

Desta forma, a existência, no quadro das reacções sociais, de uma característica de castigo, de punição de uma determinada conduta, de restituição à situação anterior, ou de reparação de um mal causado em função de uma conduta considerada como lesiva ou violadora das regras de convivência, será tipificadora da «pena», como sanção da figura «crime», ao passo que a existência, nesse quadro, de uma actuação vincadamente segregatória, motivada pelo receio da prática de actos violadores daquelas regras de convivência, e dirigida contra as pessoas que ofereçam especial perigo da sua prática, independentemente de concretamente os terem ou não praticado e de serem ou não psicologicamente conscientes da sua ilicitude, será definidora da «medida de segurança» como sanção da figura «perigosidade».

É dentro destas definições que não hesitamos em qualificar como «medidas de segurança» (embora os seus autores as quisessem mascarar sob a capa de medidas administrativas, de medidas de polícia, ou de medidas políticas ou subordinadas à «razão de Estado») diversas situações que historicamente foram conhecidas como «*lettres de cachet*» (nos últimos tempos da monarquia absoluta em França e, mesmo depois, com Napoleão, e de que são exemplo a história conhecida do encerramento num castelo do que ficou conhecido por «máscara de ferro», a já referida do encerramento do marquês de Sade na Bastilha, ou, no aspecto romaneado, o encerramento no castelo de If do que Alexandre Dumas viria a chamar Conde de Monte-Cristo), «*mandados de captura em branco*», para prisão desordenada de pessoas sem responsabilidades criminais mas de ideologia política diferente (que o nosso País viu desenvolverem-se no ano passado), «*imposições de residências fixas*» (em Timor, em São Tomé, na Madeira, ou na Sibéria, como sucedeu no nosso País depois de 1926, ou como sucedeu na Rússia, designadamente com o desterro de Lenine, ou como ainda hoje sucederá nesse País), imposições de regimes de «*especial vigilância policial*» (como o previsto no decreto-lei 37.447) ou de *censuras* (como a da Real Mesa Censória, ou a da Comissão de Censura e Verificação dos Espectáculos, etc.), bem como as situações de «*saneamentos selvagens*» (profusamente ocorridas no nosso País antes e depois do 25 de

Abril de 1974) com fundamento em razões de ordem ideológica e não de incompetência profissional, tal como tantas outras que se poderiam citar e que mais não são do que a expressão do que, logo de início, se referiu: *«reações sociais de defesa do grupo contra situações que lhe aparecem como perigosas para a sua sobrevivência, embora «muitas vezes com carácter irracional, a partir de meros motivos emocionais e, frequentemente, de natureza irreal».*

É também dentro da orientação exposta que entendemos, a bem da Segurança, da Certeza, e da Justiça, que todas essas situações devem ser subtraídas ao arbítrio da administração, quando se não conclua pela inanidade dos conceitos em que se pretende basear a sua existência, e sujeitas a um apertado regime jurisdicional, o que de forma alguma deslustra a «dignidade do direito penal» e, antes pelo contrário, permite a correcta elaboração doutrinária dos institutos que devem corresponder ao âmbito desse direito).

A medida de segurança, assim encarada, poderá surgir em virtude da prática de um acto ilícito, mas será sempre referida ao perigo potencial da prática de novos actos ilícitos, perigo esse de que a prática do acto ilícito anterior é considerada apenas como índice mais ou menos seguro, e nunca como factor desencadeante da aplicação de um castigo.

Por tal razão, a medida de segurança nunca corresponde à punição ou castigo de um acto ilícito (como obrigatoriamente sucede com a pena) e, antes, corresponde a uma reacção social destinada a evitar que o indivíduo reputado indiciariamente como perigoso possa encontrar-se com facilidade na situação de praticar actos ilícitos, ou na situação de praticar novos actos ilícitos.

Neste sentido é, por exemplo, bem significativo o actual direito penal brasileiro (Código Penal de 1940) embora nos pareça que a solução concreta por ele apontada se excede na consideração do estado de perigosidade, quando, depois de estabelecer um regime bem diferenciado entre as penas e as medidas de segurança, vem permitir a aplicação de medidas de segurança aos casos em que o membro do grupo seja absolvido, se a absolvição respeitar à tentativa da prática de um crime impossível e a conduta do membro se mostre perigosa (arts 76.º e 14.º).

Só assim, crê-se, será possível superar a nítida sensação de desfavor, de medo perante a assunção da realidade, com que o legislador de 1936 parece ter olhado o instituto «medidas de segurança» e que o terá levado a tentar tratar a «prorrogação da pena» do art.º 117.º da Reforma e do art.º 67.º do Código actual, não propriamente como uma pena, mas como uma «não medida de segurança», e que terá também motivado as posições doutrinárias dos dois Professores citados.

## CAPÍTULO IV

CARACTERIZAÇÃO FINAL DO INSTITUTO  
«PRORROGAÇÃO DA PENA» DO ART.º 67.º DO CÓDIGO PENAL

Em face do que atrás fica dito não pode haver a menor dúvida de que a chamada «*prorrogação da pena*» do art.º 67.º do Código Penal, não obstante a tendência filosófica contrária expressa pelo legislador da Reforma Prisional, *continua a ser*, em harmonia com a sua caracterização histórica anterior, *uma autêntica medida de segurança*, com a finalidade de prevenir a perigosidade de certos elementos sociais cuja actividade criminosa faz criar um receio sério da probabilidade da prática de novos actos delituosos.

Este enquadramento jurídico tem várias consequências, como desde logo se vê.

A primeira é a de que, ao contrário do que se possa julgar, a indicação das medidas de segurança feita pelo art.º 70.º do Código Penal («*São Medidas de Segurança...*») não tem carácter taxativo e tem de ser completada com a inclusão de outras figuras de carácter reactivo da sociedade que se encontram dispersas pela legislação (o que, de resto, já a prática quotidiana no-lo ensinava, ao considerar como medidas de segurança a inibição, temporária ou definitiva, do direito de conduzir, consignada no Código da Estrada, ou de direito de conduzir Aeronaves, quando a sua pilotagem seja exercida em condições consideradas como perigosas, e, até, a já referida medida de especial vigilância policial do art.º 18.º n.º 2 do decreto-lei 37.447).

A segunda é a de que não podemos tentar caracterizar o instituto hoje previsto pelo art.º 67.º do Código Penal como «Pena», por muito que sentimentalmente nos repugne o recurso às reacções sociais estabelecidas em função da perigosidade, ou seja, às «medidas de segurança», como meio de obstar a actuações consideradas como perigosas ou violadoras da «*affectio societatis*», pois tal repugnância (perfeitamente natural numa sociedade que receia a insegurança e a injustiça de que se podem revestir tais reacções, determinadas pelo conceito mais ou menos elástico de perigosidade, sobretudo quando esta se estenda aos campos da divergência de opiniões filosóficas, religiosas, políticas, ou outras) não tem potencialidade suficiente para justificar que, perante uma realidade amarga, se queira reconduzir o instituto jurídico da perigosidade a uma situação já doutrinariamente estabilizada mas dele distinta.

A terceira e última, mas nem por isso menos importante, é a de que, em virtude da repugnância acima referida, a jurisdicionalização do instituto «medidas de segurança» (entre as quais se conta a chamada «*prorrogação da pena*») exige, tal como o instituto «pena», a seu tempo também exigiu, a formulação de um espartilho doutrinário e

legal muito rigoroso para a estruturação do respectivo regime jurídico, por forma a reduzirem-se ao mínimo as possibilidades de arbítrio do governante ou do julgador na definição das situações que possam conduzir à aplicabilidade das medidas de segurança.

Será em harmonia com esta forma de olhar o problema que se deverá entender o sentido dado pela reforma constitucional de 1971 e pela reforma penal de 1972, bem como pela formulação do art.º 30.º da actual Constituição, ao instituto da «prorrogação da pena» do art.º 67.º do Código Penal: a perigosidade do delinquente de difícil correcção, verificada no momento em que se extingue ou se acha a extinguir o cumprimento de uma dada pena que lhe tenha sido imposta, ou no termo de uma segregação a que o indivíduo perigoso tenha estado sujeito em virtude dessa mesma sua perigosidade, justifica a aplicação de uma medida segregatória, fixa, de três anos, medida essa que não pode exceder, na sua duração total, o equivalente a dois desses períodos de três anos, contados do termo da pena inicial, e que, na terminologia do legislador, é incorrectamente designada como «prorrogação da pena».

Acha-se, assim, finalmente determinada a verdadeira natureza do instituto consignado daquele art.º 67.º, pelo que, de acordo com o inicialmente indicado, se torna necessário saber se o arguido deve ou não sofrer, por este processo, a sanção do art.º 196.º do Código Penal, por força da sua evasão ocorrida quando se encontrava considerado pela Administração Prisional como à ordem deste Tribunal.

## PARTE II

### APLICABILIDADE DO REGIME DO ART.º 196.º DO CÓDIGO PENAL

Em relação às medidas de segurança privativas da liberdade a evasão não implica a prorrogação, do internamento prisional pelo dobro do tempo que durar a evasão, prevista pelo art.º 196.º do Código Penal, uma vez que este artigo é expresso quando determina que «aquele que, condenado por sentença transitada em julgado, se evada sem ter cumprido a «pena» terá a «pena» da sentença prolongada «em determinados moldes».

O art.º 18.º do mesmo diploma proíbe expressamente o recurso à analogia no tocante às disposições incriminatórias e, por isso, não se pode argumentar que a punição da evasão (proveniente do Código de 1852, embora com diferentes medidas punitivas) foi tipicizada pelo

legislador quando ainda se não pensava na formulação legal do instituto «medida de segurança», e que isso justificaria, por identidade de razão, a aplicabilidade do mesmo tratamento punitivo a todos os casos de evasão após uma condenação quer esta condenação fosse em pena, quer fosse em medida de segurança, por a razão de ser da lei ser a sanção de desrespeito a uma sentença condenatória que se comete com uma evasão post-condenatória.

Pela mesma razão (proibição da analogia) se não pode também dizer que o legislador, na reforma de 1884, ao fazer, no § 2.º do art.º 196.º, a referência à prorrogação da pena por evasão às penas mistas, e ao dispôr que, nesse caso, a prorrogação será calculada somente em relação à espécie da pena em cujo cumprimento o condenado se encontrava quando se evadiu, e ao manter essa disposição na redacção actual do Código, teria querido considerar a situação semelhante, da evasão durante a execução da «medida de segurança» privativa da liberdade, pois é sabido que, na altura, e pela própria letra da lei, actualmente, a referência a «penas mistas» só é susceptível de corresponder à existência de «penas» que tinham, ou têm, essa natureza (prisão maior celular seguida de degredo, prisão seguida de multa convertida em prisão).

Na verdade, porque o art.º 196.º prevê especialmente uma sanção para a evasão no decurso do cumprimento de uma «pena», determinada por sentença transitada, não é essa sanção aplicável a idêntica situação ocorrida no cumprimento de uma medida de segurança, ainda que proveniente de decisão transitada, por a tal se oporem o citado art.º 18.º do Código Penal e, actualmente, o art.º 29.º n.º 3 da Constituição Política em vigor («Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança privativas de liberdade que não estejam expressamente cominadas em lei anterior») ou, precedentemente, o n.º 9 do art.º 8.º da Constituição de 1933, quer na redacção primitiva, quer na redacção da reforma de 1971.

A esse entendimento, aliás, se chegou no já atrás referido parecer da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais de 27 de Março de 1942, elaborado no desenvolvimento do mesmo raciocínio da especialidade da aplicação da sanção do art.º 196.º a situações de evasão no decurso do cumprimento de uma pena e não no decurso do cumprimento de uma medida de segurança.

É pela mesma razão que, jurisdicionalmente, é ponto assente que não há lugar a prolongamento por evasão nos termos do art.º 196.º quando ela ocorre no decurso da instrução do processo crime, ou antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, por não existir, em tais casos, a situação «cumprimento de uma pena» essencial para a verificação do tipo criminal daquele artigo, o que implica que, nessas situações, só possa haver lugar a sanções de natureza disciplinar prisio-

nal, se a lei as admitir, e se a evasão puder ser considerada como manifestação de mau comportamento prisional.

É evidente, todavia, que, dentro do mesmo raciocínio, e ao contrário da posição assumida pelo digno representante do Ministério Público, se se tivesse chegado à conclusão de que a «prorrogação da pena» tinha a natureza de um verdadeiro prolongamento da pena anterior, haveria então que aplicar à evasão ocorrida no cumprimento de tal prorrogação a sanção prevista pelo art.º 196.º do Código Penal (prolongamento da pena pelo dobro do tempo da evasão, mas sem exceder determinados limites indicados no mesmo artigo).

Perante a posição exposta, a solução a dar ao problema de que agora nos ocupamos só pode ser uma: se o arguido, na altura em que se evadiu se encontrava no cumprimento da medida de segurança pela lei chamada «prorrogação da pena», que lhe foi imposta por este Tribunal, não tinha que sofrer a sanção do art.º 196.º do Código Penal, e apenas se teria de descontar, no cômpeto dessa medida, o tempo durante o qual andou evadido.

Se..., escreveu-se acima, porque, como já se referiu, existe ainda esse problema, como se vai passar a ver.

### PARTE III

#### SITUAÇÃO REAL DO ARGUIDO NO MOMENTO DA EVASÃO

Como logo desde o início se notou, não é nítida a situação prisional do arguido no momento da evasão, pois é discutível se ele, nessa altura, deveria ou não ser considerado como à ordem deste Tribunal, assim como é discutível o regime a seguir na hipótese de se entender que, colocado à ordem deste Juízo mal, se deverá consignar uma solução para a correcção da sua situação prisional.

É que, nesta última hipótese, poderá defender-se que o eventual lapso será susceptível de correcção imediata, assim como poderá defender-se que só mediante uma actividade administrativa actual será possível retirá-lo da situação de «à ordem deste Tribunal» para o colocar na situação de «à ordem doutro Tribunal».

Desta forma, haverá que proceder ainda a mais duas análises de ordem processual administrativa, a primeira das quas destinada a apurar-se se, no momento da evasão, o arguido poderia ou deveria ser considerado como em cumprimento da medida «prorrogação da pena».

Na verdade, na pressuposição da inexistência de outra pena a cumprir, foi elaborada pela entidade prisional a proposta para a aplicação

da medida do art.º 67.º do Código Penal, baseada na manutenção do estado de perigosidade do arguido por ocasião do termo da pena que estava a cumprir.

Nessa mesma pressuposição foi proferida a sentença de fls. 71, destes autos, de 25-2-75, que aplicou ao arguido essa medida, a cumprir a seguir ao termo daquela pena.

Ainda a partir dessa pressuposição, foi o arguido considerado, pela administração prisional, no cumprimento da medida de segurança daquele art.º 67.º a partir de 4 de Agosto de 1975, inclusivé.

Ora, como já se referiu, o arguido, por força da condenação que cumpriu e que terminou em 3 de Agosto de 1975, viu revogada, de direito, a liberdade condicional de que beneficiara anteriormente, respeitante à condenação anterior a 1972, e viu revogado de direito o eventual perdão condicional de metade dessa pena que resultava da aplicabilidade ao seu caso do disposto nos decretos-leis 259/74 e 271/74, pelo que, depois de 3 de Agosto de 1975, teria ainda de cumprir o resto que lhe faltava da condenação em pena maior anterior a 1972 e que não cumprira por ter sido colocado em liberdade condicional.

Por esse motivo, e dado o disposto no § 1.º do art.º 633.º do Código do Processo Penal, só lhe seria lícito cumprir a medida de segurança aplicada por este Tribunal após o termo do resto da pena que ainda tinha a cumprir, o que implica que só por lapso administrativo tenha sido, desde logo, considerado como à ordem deste Juízo.

Tal lapso administrativo é perfeitamente susceptível de rectificação pela administração prisional e tornar-se-á necessária essa rectificação, não só em virtude do exposto, como em virtude da decisão que se vai passar a proferir.

Verificado como está que a sentença destes autos que aplicou ao arguido a medida de prorrogação da pena, por se manter o seu estado de perigosidade, foi baseada no pressuposto inverídico de que o mesmo arguido não tinha mais nenhuma pena a cumprir, e uma vez que a apreciação dessa perigosidade deve ser feita no plano temporal mais próximo possível do termo da pena ou penas a que se segue, teremos que, no caso do arguido, a apreciação da sua perigosidade, na altura em que o foi, a cerca de dois anos de distância do termo da pena aplicada ao arguido, é manifestamente intempestiva e não obedeceu ao requisito de imediatividade temporal que pressupõe a aplicação concreta do art.º 67.º do Código Penal.

Essa intempestividade traduz-se na sua inutilidade prática, pois a apreciação da manutenção da perigosidade do delinquente de difícil correcção só pode ser feita perto do termo da pena respectiva.

Por isso, e em harmonia com o preceituado no art.º 23.º do decreto 34.553 (livre modificabilidade das decisões do Tribunal de Execução das Penas sempre que se apresentem novos elementos de apreciação)

e sem necessidade de audiência do defensor já nomeado, por se tratar de reapreciação do já decidido, mas agora em sentido favorável ao arguido, procede-se ao reexame da decisão proferida nestes autos que julgou procedente a proposta de prorrogação da pena do arguido por ter sido declarado delinquente habitual e, em virtude de lhe faltarem ainda mais de dois anos para o cumprimento da pena, declaro improcedente, por intempestividade, a mesma proposta, pelo que o arguido deverá ser considerado, de início, a partir de 4 de Agosto de 1975, na situação de cumprimento do resto da pena que lhe foi imposta pelo Juízo Criminal e que não cumprira por ter sido colocado em liberdade condicional.

Por essa razão, deverá também o problema do prolongamento da pena por evasão ser apreciado por esse Tribunal (quer aplicando directamente a sanção, quer extraíndo certidão, para julgamento no Tribunal competente, do crime respectivo, conforme a posição doutrinária que se entenda como mais correcta) e não por este Juízo.

Notifique, comunique (ao Estabelecimento Prisional, à Direcção-Geral, ao Juízo Criminal) e envie boletins, com referência à decisão agora modificada.

Lisboa, 30 de Junho de 1976

*Bernardo Guimarães Fisher de Sá Nogueira.*

---

*Nota:* A referência ao decreto-lei 34.553 deverá hoje ser substituída pelo decreto-lei 783/76, de 29 de Outubro.