

# A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA, SOBRETUDO EM PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E DE REGIME POSITIVADO

André Lamas Leite\*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.6>

*[O] Direito Penal não quer fazer dos homens sábios, artistas,  
heróis ou santos.*

Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*

## 1. Razão de ordem

Nos quadros de um Direito Penal de raiz (ainda) iluminista e fiel ao princípio do Estado de Direito democrático e social que os artigos 1º e 2º, da CRP impõem, é natural que um instituto de natureza especial como a pena relativamente indeterminada (doravante, PRI) – criação de Eduardo

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; investigador integrado do *CJS – Centro de Investigação Interdisciplinar Crime, Justiça e Segurança (FDUP)*; aleite@direito.up.pt. Por expressa opção do autor, o artigo não segue as regras do Acordo Ortográfico de 1990.

Correia, no Projecto de Parte Geral (ProjPG) de 1963<sup>1</sup>, a partir da crença num sistema fundamentalmente monista e justificado na culpa por referência à personalidade do agente: a “culpa pela não formação da personalidade”<sup>2</sup> – levante dúvidas e inquietações, desde logo do prisma da sua solvabilidade jusconstitucional.

Na verdade, nos termos do artigo 30º, nº 1, da Lei Fundamental, é um esteio de todo o nosso ramo de Direito que as penas e medidas de segurança tenham uma *duração certa e determinada no tempo*, ou seja, que após a prolação da decisão judicial, o ou os condenados saibam quanto tempo terão de cumprir para, em função das exigências do artigo 40º, nº 1, do Código Penal (CP<sup>3</sup>), adimplirem a sanção criminal. Ora, bastará uma simples leitura dos artigos 83º, ss., do CP para percebermos que tal assim não sucede com a figura jurídica que nos ocupa, *rectius*, pelo menos não é no momento da condenação *certo e liquido* (usando propositadamente linguagem com sabor civilista) quantos anos de reclusão serão exactamente cumpridos. E, note-se, tal assim sucede para todos os sujeitos e intervenientes processuais.

Donde, em primeiro lugar, é essencial aferir qual o conteúdo útil e as exigências decorrentes do já citado artigo 30º, nº 1, da CRP, para respondermos às inquietações *supra* mencionadas. Em segundo lugar, algumas questões concretas e práticas do regime da PRI devem ser analisadas, com antecedência lógica para aquelas que ainda mantêm uma maior ligação umbilical à Lei Fundamental. Seria também muito interessante abordar o tema de até que ponto a caracterização de um sistema sancionatório como monista, dualista ou «monista prático» é ou não, também ele, uma questão com reflexos constitucionais e, antes disso, se a *norma normarum* exige uma dada posição do legislador infraconstitucional. Porém, abalçararmo-nos a um estudo minimamente denso sobre a matéria ultrapassa o espaço que nos foi destinado.

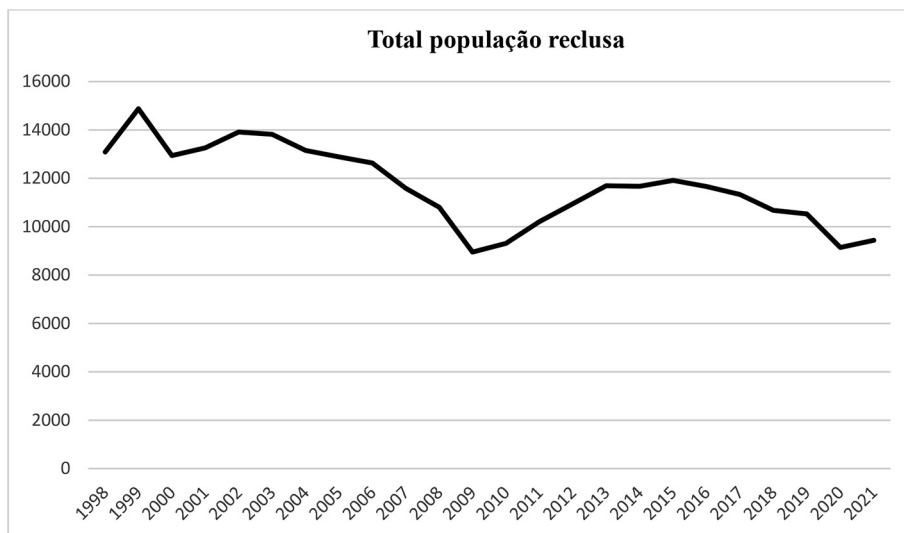
---

<sup>1</sup> Inicialmente, no artigo 94º do ProjPG, abrangendo estados de pré e para-delinquência como a vadiagem e prostituição e alguns crimes contra o património, logo criticado – e bem, embora sem sucesso – por Guardado Lopes na Comissão Revisora (reunião de 20.04.1964 – cf. *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, II vol., Lisboa, AAFDL, s/d, p. 172)

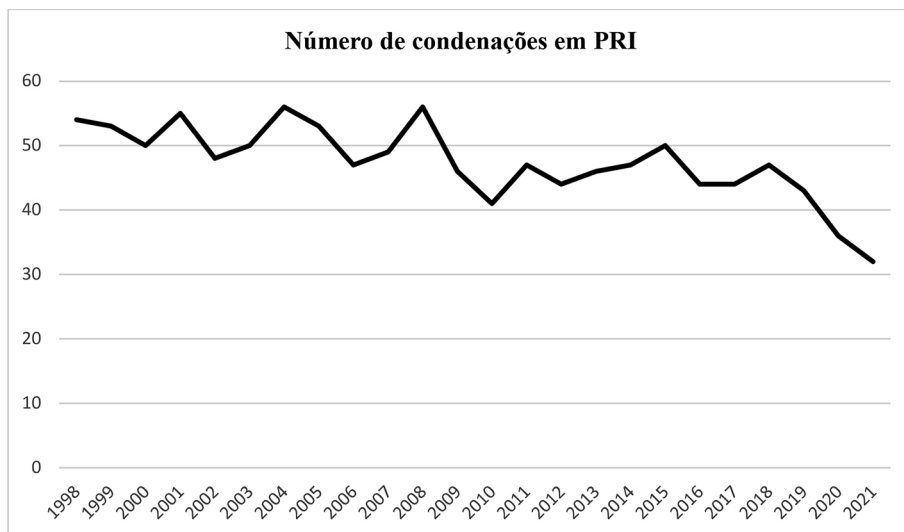
<sup>2</sup> Entre tantos outros textos, Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, reimp., Lisboa, Almedina, 1999, pp. 322-330 (também em *Actas...*, p. 177), em linha com a “culpa na condução da vida” de Mezger ou da “culpa na decisão da vida” de Bockelmann, entendendo manter-se ainda nos quadros de um “Direito Penal do facto”, o que se tem maioritariamente por incompreensível.

<sup>3</sup> Doravante, qualquer referência legislativa desacompanhada do respectivo diploma legal deve entender-se por feita para o Código Penal.

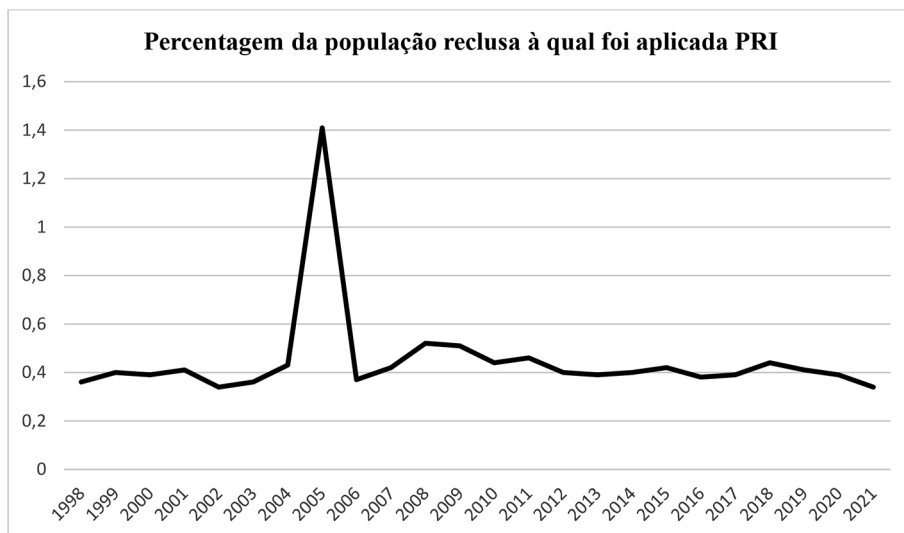
Antes de avançarmos, e porque temos por essencial conhecer a realidade sobre a qual o jurista reflecte e actua, vejamos os seguintes gráficos que mostram a muito pouca utilização da PRI pelos nossos tribunais, o que, por si só, justificaria uma investigação criminológica.



**Gráfico 1** – Total de reclusos (em prisão preventiva, cumprimento de pena ou medida de segurança), a 31/12 de cada ano, de 1998 a 2021 (Fonte: DGRSP). Elaboração própria.



**Gráfico 2** – Número de condenações em PRI, de 1998 a 2021 (Fonte: DGRSP). Elaboração própria.



**Gráfico 3** – Significado percentual das condenações em PRI, de 1998 a 2021, em função do número de reclusos existentes em cada ano (Fonte: DGRSP). Elaboração própria.

Dos gráficos acima resulta que a moda da percentagem de condenações em PRI ronda os 0,4% da população reclusa, com um pico em 2005, em que o valor ascendeu a 1,4%, sem que se conheçam as causas, não atribuíveis a qualquer alteração legislativa. A média do número de condenações nesta pena ronda as 50 por ano, na série temporal estudada (1998 a 2021), para uma população prisional que tem oscilado entre um mínimo de 8.958 indivíduos em 2009 e um máximo de 14.880 em 1999, num aumento entre ambos de cerca de 166%. A média de reclusos, no mesmo período, foi de 11.159.

## 2. As dúvidas de (in)constitucionalidade material

Sem prejuízo de ser hoje estável a jurisprudência de vários Estados<sup>4</sup> e do próprio TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) no sentido de que as sanções de duração perpétua – entre nós (e bem) postergadas –, não violarem o artigo 3º da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) – desde que se preveja, com larga margem para o legislador, a possibilidade de reapreciação da situação do recluso<sup>5</sup> –, o artigo 30º, nº 1, da CRP<sup>6</sup> prescreve que: *[n]ão pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.*

Esta redacção é contrária ao que, ao menos na prática, sucedia no Estado Novo<sup>7</sup>, abrangendo também as medidas de segurança, as quais não

<sup>4</sup> É o caso do acórdão do Tribunal Constitucional espanhol de 06.10.2021, do acórdão de 02.07.1986 do OGH (*Obersten Gerichtshof*: Supremo Tribunal de Justiça austríaco), dos casos *Kafkaris c. Chipre*, de 12/2/2008 (queixa nº 21906/04) ou *Vinter et al. c. Reino Unido* (queixas nºs 66069/09, 130/10 e 3896/10), de 09.07.2013, decididos pelo TEDH. Todas as traduções são da nossa responsabilidade e os arestos estavam disponíveis em <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>5</sup> E daí a introdução da *prisión permanente revisable*, em Espanha, por via da *Ley Orgánica* 1/2015, de 30/3. Sobre ela e com mais informação em sede de Direito Comparado, Ángela CASALS FERNÁNDEZ, *La prisión permanente revisable*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019.

<sup>6</sup> Como se não ignora, a Constituição de 1822 admitia a existência de “prisão arbitrária” (artigo 4º), não se encontra referência expressa sobre o tema na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição de 1838. Já na República, o artigo 3º, § 22º proclamava que “[e]m nenhum caso [poderão ser estabelecidas] penas [de] duração ilimitada” e, no Estado Novo, a Constituição de 1933 voltava ao silêncio sobre a matéria.

<sup>7</sup> Sobre o tema e sua evolução, Maria João ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 89-186. Da mesma forma, como se não ignora, a ideia de penas determinadas é relativamente recente no curso da História do Direito Penal. Entre nós, nas Ordenações, a regra era a arbitrariedade e inexistência de molduras abstractas (para um conspecto sobre este período, veja-se o nosso “Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. I, 2004, pp. 79-104), o que passou a existir, mas apenas como

cedem a qualquer modelo de inspiração positivista, de base especial-preventiva negativa, de “Direito Penal médico” e no qual, porque encaradas como o melhor para o recluso, não teriam de ser determinadas no tempo, cessando somente quando a “doença” (o ilícito-típico) se não encontrasse no condenado. Trata-se de um passo de grande importância, desde logo para obviar aos perigos decorrentes de uma *administrativização do nosso ramo de Direito*. Não se esqueça, porém, que o nº 2 do inciso em causa admite que, se os pressupostos de perigosidade do agente<sup>8</sup> se mantiverem, em casos graves, o internado pode manter-se nessa situação, no limite, até à sua morte, o que, na prática, acaba por ser uma *medida de segurança perpétua*. Donde, há aqui uma brecha importante numa afirmação que não conhece quaisquer exceções de que as sanções criminais são *sempre* limitadas no tempo. É seguro, pois, afirmar que nas hipóteses de prática de um *facto ilícito-típico*, atendendo substancialmente à urgência da protecção societal – embora se não negue o cumprimento dos fins do art. 40º, nº 1º –, a Constituição admite, no balanço entre os direitos do concreto agente e os bens supra-individuais, que devem prevalecer estes últimos (e bem)<sup>10</sup>. Destarte, um importante dado a reter é que a proibição

---

regra no CP de 1852 (cf. o seu artigo 46º, *in fine*). Já com o diploma de 1886, assumir-se-ia o princípio que ainda hoje vigora, o que não significa que não tenha havido retrocessos, como aconteceu com a Reforma Prisional de 1936, a qual concede ampla indeterminação às penas, na senda de uma visão de defesa social, depois melhorada pela Lei nº 2000, de 16/5/1944, com o Decreto-Lei nº 34.553, de 30.04.1945 (com a jurisdicionalização da declaração de habitualidade e sua cessação) e o Decreto-Lei nº 39.688, de 1954 (duração das medidas de segurança detentivas a três anos, limite diminuído pelo Decreto-Lei nº 40.550, de 12.03.1956). Com relevo, ainda, nesta evolução, o Decreto-Lei nº 35.007, de 13.10.1945.

<sup>8</sup> Sobre o modo como a mesma se prova, por todos e entre nós, Cristina Líbano MONTEIRO, *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 81-164.

<sup>9</sup> O já citado Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de maio, na alteração ao CP de 1886, proclamava, no artigo 58º, que “[n]a execução das penas privativas de liberdade ter-se-á em vista, sem prejuízo da sua natureza repressiva, a regeneração dos condenados e a sua readaptação social”, no que temos, com as devidas distâncias, como provavelmente o antecedente mais próximo do que é hoje o artigo 40º, nº 1 que, como se sabe, não constava da versão originária do CP de 1982, tendo sido introduzido pela mão de Figueiredo Dias na Reforma de 1995.

<sup>10</sup> No mesmo sentido, podíamos citar jurisprudência de vários Tribunais Constitucionais, entre os quais o alemão, nos acórdãos 2 BvR 834/02 e 2 BvR 1588/02, ambos de 10.02.2004, nos quais defendeu que a determinação de pena de prisão por um tempo indefinido, ainda que renovável, após o agente ter cumprido por completo a pena constitui uma violação particularmente séria do direito do agente à liberdade, tal como protegida pelo artigo 2, § 2, da GG, o qual preceitua: “[t]odas as pessoas são titulares do direito à vida e integridade física. A liberdade pessoal é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base na lei”. Entre nós, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), já na jurisdição comum, é peremptório ao afirmar que “[a] aplicação da pena relativamente indeterminada não obedece a qualquer automatismo” (acórdão de 21.03.2018, proc. nº 133/14.6T9VIS.C2.S1, Vinício Ribeiro). Todos os arestos de tribunais nacionais foram consultados em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e foram acedidos em Setembro de 2022, tal como os demais sítios da internet.

que encerra o art. 30º, nº 1, da CRP *não é absoluta*, o que se revela como um importante elemento hermenêutico literal e teleológico.

Por outro lado, é ainda evidente que quaisquer que sejam as penas – principais, acessórias ou de substituição –, todas elas são *judicialmente determinadas* num *quantum* exacto e não são deixadas ao acaso, nem são, em concreto, fixadas entre um mínimo e um máximo. Este último aspecto – como já avançado – é o mais controvertido nesta secção. E veja-se que, p. ex., comparando a CRP com a GG (*Grundgesetz*: Lei Fundamental Alemã), esta não é tão clara na proibição de penas de duração indeterminada, garantindo o direito à liberdade de movimentos e a privação de liberdade apenas quando a lei formal o estabeleça, por ordem de autoridade judiciária, estabelecendo prazos máximos de apresentação do detido perante essa autoridade (artigos 11º e 104º). Nas palavras do *BVerfG* (*Bundesverfassungsgericht*: Tribunal Constitucional Federal alemão)<sup>11</sup>, a Lei Básica “não se refere expressamente ao modo de execução da restrição de liberdade; [esta] é apenas limitada pela proibição de abuso mental ou físico”. Por outro lado, o instituto que no Direito Penal germânico mais dúvidas levanta nesta matéria – o § 66 do *StGB*: *Strafgesetzbuch*: Código Penal alemão (“custódia de segurança”) e que será *infra* objecto de desenvolvimento – de novo com o TC alemão, não visa “compensar os males cometidos, mas sim proteger o público em geral do agente depois deste ter cumprido uma pena” e tal só pode ser atingido se esta detenção tiver um regime de cumprimento similar ao da privação de liberdade. Ainda nas palavras daquele Tribunal, em outro aresto<sup>12</sup>, “o princípio da culpa e a determinação das consequências jurídicas encontram-se num *estado tensional* em relação ao qual deve encontrar-se um equilíbrio constitucionalmente sustentável”.

Ora, a “duração ilimitada ou indefinida”, como regra, exige, no tocante ao primeiro adjectivo, que o juiz não possa sentenciar *ad aeternum*, no que seria uma admissão, em fraude à lei, à postergada prisão perpétua<sup>13</sup>. Quanto à

<sup>11</sup> *BVerfGE* 2, 118 (1 BvR 377/51), de 30/1/1953. No Direito alemão, neste ponto transplantável *in totum* para o nosso ordenamento jurídico, leia-se Gerhard DANNECKER, “Das Verbot unbestimmter Strafen Der Bestimmtheitsgrundsatz im Bereich der Deliktsfolgen”, in Manfred Heinrich *et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, New York, De Gruyter, 2011, pp. 285-304.

<sup>12</sup> De 20.03.2002, 2 BvR 794/95. Itálicos acrescentados.

<sup>13</sup> Com razão defende Damião da CUNHA, “Anotação ao art. 30º”, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 334 que à prisão perpétua, para este efeito,

“duração *indefinida*”, a mesma comporta um acrescido esforço hermenêutico. O que fica *prima facie* claro é que *indefinido* não pode ser sinónimo, aqui, de *ilimitado*, ou seja, com ausência de quaisquer limites mínimos ou máximos das sanções criminais. No entanto, a aproximação, ao nível do elemento literal, entre os dois conceitos parece apontar para tal similitude. Assim não é, dado que o artigo 9º, nº 3, do Código Civil nos obriga a concluir que o legislador constituinte se exprimiu da forma mais correcta, o que por certo não seria a utilização de dois lexemas sinónimos. Porventura até de um *jeito algo pleonástico*, foi desiderato que o intérprete apreendesse o sentido de que não podem existir sanções penais em que o tribunal diga *expressis verbis* que a respectiva duração é perene, até à morte do condenado (e, por isso, tratou-se da forma encontrada para proibir a prisão ou a medida de segurança perpétuas), por via da designação de «ilimitadas», mas também que soubesse que se não poderia abster de pronunciar uma sanção com um tempo específico, de preferência – e na grande generalidade dos casos – *exacto, i. e.*, 2 anos, 10 anos e 3 meses, p. ex., o que importa, assim, que a sanção não seja “indefinida”. Acresce que, para além do mais – e adiantando já a nossa resposta à questão que agora tratamos –, o legislador constituinte não pretendeu impedir, desde que o ordinário o entendesse proporcional (artigo 18º da CRP<sup>14</sup>) e justificado em face do âmbito aplicativo, que o tribunal possa condenar alguém a uma pena (ou medida de segurança) que oscile entre um mínimo e um máximo, *ponto é que*, de antemão, os *critérios* de acordo com os quais o lapso temporal exacto a cumprir *estejam objectivamente determinados na lei*, para respeitar o princípio da legalidade criminal (artigo 29º, nº 4, da CRP, e artigo 1º), de tal

---

equivalem as sanções que, pela largueza da sua duração (p. ex., 40 ou 50 anos, acrescentamos nós), na prática a tal correspondem. O fundamento encontra-se, para o autor, na “tradição portuguesa de humanitarismo no programa político-criminal” (*idem*), ao passo que, para Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 502, no que temos por mais correcto e palpável, tal prende-se com as exigências decorrentes dos artigos 25º, nº 2, e 27º e “da ideia de protecção da segurança, ínsita ao princípio do Estado de [D]ireito”.

<sup>14</sup> Analisando o princípio e as suas principais implicações, Mariana CANOTILHO, “O princípio constitucional da proporcionalidade e o seu lugar na metódica constitucional – breves apontamentos a propósito da metáfora da balança”, in Dulce Lopes *et al.* (orgs.), *O princípio da proporcionalidade. XIII Encontro de Professores de Direito Público*, Coimbra, FDUC, 2021, pp. 11-24. No sentido do texto, bem andou o TRL (Tribunal da Relação de Lisboa), em acórdão de 17.11.2011, proc. nº 759/11.0YRLSB-3 (Jorge Raposo), decidindo, num processo de extradição, que “[u]ma pena de prisão de 15 a 30 anos é, dogmaticamente, uma pena de prisão relativamente indeterminada, sem o carácter de indefinição [que] é compatível com a CRP e existe no ordenamento jurídico-penal português [(]cf. artigos 83º a 87º, do CP). Daí que a natureza relativamente indeterminada da pena aplicada [pelo Estado requisitante] não obsta à extradição”.



modo que todos – e sobretudo o condenado – saibam o que terá de acontecer para que cesse a privação de liberdade. Mais: em nossa perspectiva, esses critérios definidores do *quantum* exacto terão de ser *factíveis*, ou seja, conhecida a máxima de que o Direito Penal só pode exigir aos seres humanos aquilo que eles são capazes de cumprir em obediência aos seus comandos, terá de ser *ab initio* claro que *qualquer condenado está em condições objectivas de atingir o termo da sanção a que foi sentenciado*, naturalmente que se podendo ou não exigir algum tipo de comportamento positivo ou negativo da sua parte, ou o mero decurso do tempo.

Para melhor compreensão do que vem de dizer-se bastará atentarmos numa modalidade autónoma da pena de suspensão de execução da pena de prisão que existiu na redacção originária do vigente CP – entre 1983 e 1995 – e que era um sistema que se aproximava em muito da *probation*<sup>15</sup> anglo-americana, então previsto nos artigos 53º a 58º e, em especial, no artigo 57º, nº 2. De acordo com ele, a traço grosso, concluindo pela prática, pelo agente, do crime que lhe era imputado, o tribunal podia somente condenar, mas não fixar, desde logo, qualquer pena. Ao invés, o sentenciado cumpriria um período probatório, com deveres, regras de conduta e/ou regime de prova, por um certo tempo, findo o qual se avaliaria se o juízo de prognose do julgador estaria certo e o adimplemento tornava desnecessária qualquer determinação do *quantum* de pena e, mais ainda, havia o cumprimento da decisão judicial, com a libertação sem condições do agente, ou, pelo contrário, se se tinha passado o oposto – seja por incumprimento das obrigações judiciais, seja pela prática de um outro crime – e, aí sim, proceder-se-ia à determinação exacta da pena efectiva.

Repare-se que aqui as dúvidas de constitucionalidade eram ainda maiores do que aquelas que agora nos assaltam em função do regime da PRI e, tanto quanto sabemos, o Tribunal Constitucional (TC) não foi sequer chamado a apreciar a questão. De facto, não só existia a possibilidade de o tribunal não determinar logo qualquer pena – o que mais se aproximaria da «duração *indefinida*» do artigo 30º, nº 1, da CRP –, como a hipótese

<sup>15</sup> Sobre o essencial do seu sentido, bem como das vantagens ou não da sua introdução no nosso ordenamento jurídico, entre muitos, veja-se o nosso “Pela elevação de penas de substituição ou acessórias a penas principais e por um verdadeiro sistema de *probation* em Portugal?”, *Sombras e Luzes*, nº 2, 2019, pp. 117-139.

de a mesma não ser nunca fixada, se o agente cumprisse as obrigações que lhe haviam sido impostas. Este último ponto é de explicação mais fácil, porquanto se diria que o sistema descrito em nada prejudicava o condenado, visto que a ausência de definição do *quantum* correspondia à sua libertação, se superado com sucesso o período probatório. Donde, somente uma visão exasperadamente positivista mancharia o comando legal de qualquer tipo de inconstitucionalidade material em face do artigo 30º, nº 1, da CRP. Mais: a existência de um verdadeiro sistema de *probation* até à reforma do CP de 1995 apostava fortemente na ressocialização do agente, formulando o tribunal, como houve ocasião de sublinhar, uma prognose favorável, sendo exacto que esta finalidade precípua de todas as sanções criminais é um pano de fundo da CRP em todo o nosso ramo de Direito. Se, ao invés, o falhanço do condenado importasse que o regime de prova fosse revogado, o juiz determinaria, de modo fixo, a sentença ou acórdão, em estrita obediência ao comando constitucional que vimos citando, pelo que nenhum problema de solvabilidade deste tipo se levantava.

Ora, quase que poderíamos dizer que *a fortiori* não se antevêem quaisquer escolhos ao actual regime da PRI, em face do instituto que, por mais de uma década, vigorou à luz da CRP de 1976 sem qualquer reparo (jus-constitucional, pois que outros se levantaram, de raiz político-criminal, e que conduziram a que, em 1995, o mesmo fosse revogado). Dizer apenas isto seria muito pouco. Desde logo, a natureza jurídica dos então artigos 53º a 58º, na redacção de 1982, era diversa da PRI (pena de substituição e instituto de natureza especial), bem como eram díspares as finalidades político-criminais, sendo ainda exacto notar que, desde a entrada em vigor do actual CP e a revisão de 1995, ambos coexistiram, conhecendo-se apenas pronunciamentos do TC sobre as eventuais inconstitucionalidades materiais da PRI. Antes mesmo de as apontarmos, foquemo-nos, *in abstracto*, nos pontos de regime desta última que são aptos a levantarem mais dúvidas em face do processo ordinário de determinação da medida concreta da pena.

Para tal, todavia, importa perscrutar os objectivos político-criminais que o legislador pretendeu atingir com a PRI, na medida em que se é certo que eventuais inconstitucionalidades existirão independentemente destas escolhas, em terrenos mais movediços e em que as dúvidas se adensem – até por via do princípio conciliador e que temos por verdadeiro fio-de-prumo de

toda a orgânica de uma Constituição típica de um Estado de Direito, como é a proporcionalidade –, pode um dado regime ou certos aspectos deste, quando submetidos ao teste desta última, importar uma resposta negativa à insolvabilidade constitucional. Ora, fruto de uma já larga tradição entre nós – que aqui não temos tempo de analisar<sup>16</sup> –, a PRI foi pensada para os chamados «criminosos de etiologia endógena» ou por tendência e que, por isso, representam um maior perigo para a vida em sociedade, em si mesmos mais se sentindo as finalidades punitivas, independentemente da concepção de base que se perfilhe. Não se esqueça o relevo que o Positivismo jurídico desempenhou neste contexto, bastando lembrar Franz V. Liszt e a sua divisão entre os criminosos passíveis de correcção e os incorrigíveis<sup>17</sup>, para os quais, nessa fase da evolução histórica, estavam previstas medidas que durariam enquanto persistisse a perigosidade<sup>18</sup>. Note-se que não estamos a referir-nos ao conceito criminológico de “delinquente por tendência”, nem à discussão de saber se é mais relevante a protecção social contra aqueles que, de modo

<sup>16</sup> A mesma pode ver-se em Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, “Pena relativamente indeterminada: um instituto a ‘reanimar?’”, in Paulo Pinto de Albuquerque *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto, UCE, 2022, pp. 122-124, e Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 557-558 e 570-572. Também com interesse, José Pizarro BELEZA, “A pena de prisão, a reforma das cadeias e o *Ensayo sobre el plano más conveniente para a fundação das cadeias* (Notas para a História do Direito Penal vintista)”, pp. 365-431, e Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, “A consagração de um novo direito securitário na Reforma Prisional de 1936”, pp. 433-477, ambos in Manuel da Costa Andrade *et al.* (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. Na jurisprudência, com interesse, o acórdão do STJ de 21.11.1984, proc. nº 037513 (Villa Nova), em que se aborda o essencial do modo de lidar com os delinquentes por tendência na transição do CP de 1886 para o actual: “I – As prorrogações a que se referia o artigo 67º do CP de 1886 tinham a natureza de pena. II – Essas prorrogações foram, no actual Código Penal, substituídas pela aplicação de uma pena relativamente indeterminada. III – A habitualidade passou a denominar-se tendência”. Quanto ao primeiro ponto do sumário do aresto, concluindo – e bem – em sentido diverso, de estarmos em face de uma verdadeira medida de segurança, com interessante referência histórica e filosófica atinente ao tema que nos ocupa, v. o acórdão relatado por Bernardo de Sá NOGUEIRA, do TRL e depois publicado como “O artº 67º do Código Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, nº 37, 1977, pp. 175-218.

<sup>17</sup> “Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit. Vortrag gehalten am 4. August 1896 auf dem III. Internationalen Psychologenkongress”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 17, 1897, pp. 70-84. Sobre o tema, em perspectiva histórica, Richard F. WETZEL, “Penal reform in Imperial Germany. Conflict and compromise”, in Michele Pifferi (ed.), *The Limits of Criminological Positivism. The Movement for Criminal Law Reform in the West, 1870-1940*, London, New York, Routledge, pp. 42-73.

<sup>18</sup> Embora o CP napoleónico de 1810 seja anterior ao pleno da influência do Positivismo no Direito em geral, facto é que este, patrocinando uma teoria retributiva em sede dos fins das penas e apercebendo-se do aumento da reincidência, já previa a distinção clara entre “criminosos primários” e “reincidentes”, esforçando-se por evitar a prisão para os primeiros, por se saber já criminógena, prevendo para os reincidentes a privação de liberdade ou a incapacitação, não se fazendo rogado na sua eliminação física (Carl Ludwig von BAR *et al.*, *A History of Continental Criminal Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1916, pp. 335-342).

reiterado, violam o mesmo bem jurídico ou bens jurídicos próximos<sup>19</sup> (*tendência homótrona*) ou distintos (*polítropa*), não se ignorando que inexistente consenso na literatura da especialidade, havendo quem defenda que o fenómeno da especialização aconselha a maiores cuidados e outros que, pelo contrário, propendem para que se a paleta de bens jurídicos afectados é a mais larga possível, então tal significa que os valores essenciais que deviam constar da axiologia do indivíduo de todo existem ou apenas de um modo muito vago, o que torna os agentes ainda mais carecidos da intervenção penal. O facto de o legislador se ter desligado dos ensinamentos mais directos da Criminologia não significa que lhes tenha sido totalmente insensível, porquanto no preenchimento dos requisitos dos artigos 83º, ss., por certo foram tidos em conta dados das investigações empíricas levadas a efeito por aquela ciência. Para além desta categoria de criminosos – em que, como veremos, em nossa opinião, sobrelevam considerações de culpa e de perigosidade, no que é, de facto, *um misto de pena e medida de segurança*<sup>20</sup>, *embora com maior prevalência desta última*<sup>21</sup>, e em que o objectivo central é garantir um mínimo de privação de liberdade capaz de satisfazer os mandatos do artigo 40º, nº 1, mas adscrevendo logo ao condenado a possibilidade de permanecer mais tempo encarcerado, em função do seu comportamento intra-prisional e do

<sup>19</sup> Embora alguma literatura jurídica tenda a considerar estes delinquentes mais perigosos, como sucede com Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho Penal. Parte General*, vol. II, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 881, n. m. 32, citando jurisprudência do BGH (*Bundesgerichtshof*: Supremo Tribunal Federal alemão), não é este o sentido prevalecente em Portugal, em que se propende – e bem – para uma orientação polítropa: Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, op. cit., p. 572, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., Lisboa, UCE, p. 428, e Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, *As reações criminais no Direito português*, Porto, UCE, 2022, p. 385.

<sup>20</sup> A caracterização, até aqui, que não já no que escrevemos logo de seguida em texto, parece-nos pacífica. Assim, veja-se Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, op. cit., pp. 562-563, embora antes, tal como nós, pareça reconhecer que a PRI é, no essencial, uma medida de segurança (*ibidem*, p. 561), Germano Marques da SILVA, *Direito Penal português. Parte Geral*, vol. III, Lisboa, Verbo, 1999, p. 158; Maria João ANTUNES, *Penas e medidas de segurança*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 128; e Conceição CUNHA, “A pena relativamente indeterminada: um instituto a ‘reanimar’?”, in Paulo Pinto de Albuquerque et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto, UCE, 2022, pp. 129-131 e *As reações...*, p. 380. Já no preâmbulo da proposta de lei nº 117/1, se escrevia que a PRI era uma “fórmula de compromisso entre o princípio de uma responsabilidade moral de tradição clássica e o princípio de uma responsabilidade legal ou social de inspiração positivista”, alicerçando-se a nossa opção no que vinha sendo defendido em congressos internacionais de associações de Direito Penal. Na jurisprudência, também aludindo à natureza híbrida do instituto, *inter alia*, cf. os acórdãos do STJ de 23.12.2015, proc. nº 154/15.1YFLSB.S1 (Armindo Monteiro), de 21.03.2018, proc. nº 2849/10.XPRT-T.S1 (Lopes da Mota) e de 06.08.2021, proc. nº 1558/10.1TXEVR-N.S1 (Margarida Blasco).

<sup>21</sup> No sentido em texto, ao que cremos, já Victor Sá PEREIRA, *Código Penal*, Lisboa, Livros Horizonte, 1988, p. 134. E note-se que a existência do plano a que alude o artigo 89º, como se dirá mais de espaço, é também marca de uma maior importância da vertente de medida de segurança.

que dele se pode retirar, de tal forma que ele sinta que esta é uma sanção mais gravosa que uma simples pena de prisão –, a PRI também se aplica a “alcoólicos<sup>22</sup> e equiparados<sup>23</sup>”, como tal definidos no artigo 86º, e em relação aos quais o desiderato interventivo é já o de combater a adição, procurando que o tempo privativo de liberdade possa ser usado para algum tipo de tratamento nesse sentido.

Se é verdade que o artigo 87º aponta mais claramente para que a PRI aplicável a alcoólicos e equiparados se destina a combater a adição e, por isso, tem uma finalidade *pedagógica e ressocializadora*, temos para nós que ela é *comum* aos delinquentes por tendência. Em primeiro lugar, porque o artigo 89º é de aplicação comum e o *plano de readaptação (rectius, ressocialização)*, como se verifica deste artigo e, sobretudo, dos artigos 53º e 54º e respectivas disposições do CEPMPL (Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade<sup>24</sup>), é a peça fundamental do instituto em estudo, para o qual se procura, sempre que possível, a aceitação e o concurso do condenado. Acresce que, ainda que formalmente pena ou – como julgamos – mais medida de segurança, o artigo 40º, nº 1, estabelece um programa comum para ambas as sanções criminais no qual está patente o intuito especial-preventivo de ressocialização. Ora, a vivificação da pena de prisão e a atribuição (a ela) de um “escopo pedagógico”<sup>25</sup> é patente no modo escolhido por Eduardo Correia para lidar com os “delinquentes perigosos e de difícil correcção”, não se limitando a um mero acréscimo de “custódia de segurança” – como veremos suceder em regimes tão avançados como o alemão – ou com a mera adição,

<sup>22</sup> A distinção entre “alcoólico” e “pessoa com tendência para abusar de bebidas alcoólicas”, não sendo em tese e da perspectiva médica impossível de operar, é de tal modo evanescente que deveria ser substituída apenas pela primeira expressão, como já Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 577 admitia, tanto mais que a este preciosismo se não assiste no artigo 88º. O *distinção* também levantou dúvidas a Gomes da Silva, no seio da Comissão Revisora, embora se mantivesse, com a alteração, porém, da expressão inicial do então artigo 98º de “tendência para beber álcool em doses exageradas”, que o próprio autor do ProjPG classificou como “não muito bonita [...] embora sem dúvida exacta”, para “abusar de bebidas alcoólicas”, por sugestão de José Osório (*Actas...*, pp. 182-185).

<sup>23</sup> Na Comissão Revisora ainda se discutiu se o termo deveria ser entendido de forma restrita (as que “causam inibições nos centros nervosos”) ou ampla (“aquelas que se destinam a excitar, mas causam, como as primeiras, habitação”), tendo-se concluído por esta última, como não podia deixar de ser (*Actas...*, p. 186).

<sup>24</sup> Aprovado pela Lei nº 115/2009, de 12 de Outubro.

<sup>25</sup> Victor Sá PEREIRA, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 135. É interessante notar que, antes da Revolução, como se sabe, ao menos na forma, tal era proclamado em diplomas penais, como sucede com o preâmbulo do Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de Maio, em que se escreve que a prisão deve ser “sobretudo meio e instrumento de recuperação do homem, refazendo a sua dignidade moral, melhorando a sua capacidade profissional, facilitando a sua reintegração na família e na sociedade”.

sem mais, de uma pena e de uma medida de segurança. Donde, também pela PRI, é Portugal um dos Estados que mais longe leva a *prevenção geral de integração* e que confere mais expressa consagração legal à fórmula estafada de “reafirmação contrafáctica da norma” de Jakobs.

O nosso TC foi, por duas vezes, chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade do instituto com o artigo 30º, nº 1, da CRP: da primeira vez no acórdão nº 43/86, de 19.02.1986<sup>26</sup>, no qual se questionou, directamente, a conformidade dos artigos 83º e 84º e, em segundo lugar, no acórdão nº 549/94, de 19.10.1994<sup>27</sup>, tendo o tribunal *a quo* recusado a aplicação do artigo 88º com fundamento na violação do artigo 30º, nº 1, da CRP e que, no essencial, se limitou a reproduzir a argumentação do primeiro aresto. Neste último, depois de se afirmar que o CP de 1982 inaugurou um sistema monista, ao invés do CP de 1886 – o que merece a nossa frontal discordância – e apontando – erradamente – a Figueiredo Dias o patrocínio da culpa pela não formação da personalidade, defendida por Eduardo Correia, dado que o primeiro, de raiz existencialista, se pronuncia por uma “culpa da pessoa”, justifica-se a PRI com base nos princípios da culpa e da ressocialização, que desembocam na dignidade da pessoa humana, esteio do princípio do Estado de Direito. Por outro lado, o acórdão nº 43/86 entende que as penas não têm de ter uma “duração fixa”, acrescentando que “[o] que importa é que a sua aplicação não gere incerteza relativamente ao *quantum* da punição e ao modo da sua expressão. Pena certa, determinada, é a pena legal, a pena prevista pelo legislador, pois esse é o modo por que se elimina o arbítrio do julgador”, o que sucede na PRI ao determinar um mínimo e um máximo de duração<sup>28</sup>. Por fim, argumenta o TC que *não há*, também, *risco de arbítrio na execução da pena*, por ela estar garantida pelo artigo 90º, admitindo até – quanto a nós mal, pois se tal assim fosse haveria inconstitucionalidade material – que

<sup>26</sup> Proc. nº 100/85, 2ª secção, sendo relator Mário Afonso, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>27</sup> Proc. nº 646/92, 2ª Secção, relatado por Alves Correia.

<sup>28</sup> Poderia ter igualmente citado a exposição de motivos da proposta de lei nº 117/L, na qual se escreveu, antecipando as dificuldades jusconstitucionais, que “é necessário que o efeito estimulante da indeterminação da pena se não converta para o recluso no mal de uma angústia provocada pela incerteza sobre os critérios que presidem à decisão. A esse risco se procurará obviar, em primeira linha, com a obrigatoriedade de traçar um plano individual de readaptação do delinquentes, em cuja elaboração ele deve intervir [e], depois com a obrigação imposta à autoridade competente de periodicamente emitir parecer fundamentado sobre o qual o tribunal possa decidir sobre a concessão da liberdade ao delinquentes”.

a PRI poder-se-ia limitar a fixar o limite máximo<sup>29</sup>, em claro desrespeito pelas legítimas expectativas do condenado em saber o mínimo de punição que lhe cabe, o que parece – até atenta a data de 1986 – resultar de um entendimento precoce do que é uma medida de segurança e das exigências de legalidade a que ela deve estar sujeita.

O TEDH tem-se dedicado à problemática das condições prisionais dos criminosos mais perigosos, reconhecendo a necessidade de existirem estabelecimentos prisionais adaptados a tais exigências<sup>30</sup>, bem como às condições jurídicas em que se baseia a aplicação de uma sanção do espectro da nossa PRI<sup>31</sup>, por referência ao artigo 3º da CEDH. Do mesmo modo, tem analisado decisões judiciais ao abrigo do artigo 5º, § 1º, da CEDH, merecendo especial sublinhado o que tem dito o Tribunal a propósito do § 66 do *StGB*, o qual, como veremos, admite que, para além da pena de prisão, o agente seja também condenado a uma “detenção preventiva”, baseada na perigosidade de comissão delitual grave no futuro<sup>32</sup>. No caso *M. c. Alemanha*<sup>33</sup>, o TEDH, embora se tratasse de um condenado inimputável, o que é diverso do esquema da nossa PRI, entendeu que, no caso concreto, houve violação

<sup>29</sup> Porventura a interpretação venha do que a propósito escreveu Eduardo CORREIA, *Direito Criminal...*, *op. cit.*, pp. 327-328, mas mal lido, pois aquele autor aí defende a existência de um limite máximo e mínimo. No sentido em texto, *vide* a *BVerfGE* 2 BvR 794/95, de 20.03.2002.

<sup>30</sup> Acórdão *Van der Ven c. Netherlands*, de 04.02.2003, queixa nº 50901/99.

<sup>31</sup> Deve assegurar-se “que uma pessoa é detida em condições compatíveis com o respeito pela sua dignidade humana, que a forma e o método de execução da medida não o submetem a sofrimento ou a uma dureza de uma intensidade tal que ultrapasse o inevitável nível de sofrimento inerente à reclusão e que, dadas as suas exigências práticas, a sua saúde e bem-estar são adequadamente garantidos” (caso *Kudla v. Poland*, de 26.10.2000, queixa nº 30210/96).

<sup>32</sup> Adiante-se que, entre nós, o modelo foi também experimentado pela alteração que o Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de Maio, introduziu ao CP de 1886: artigo 67º, o qual, para os “delinquentes de difícil correcção” admitia prorrogações por “períodos sucessivos de 3 anos, quando se mantenha o estado de perigosidade, verificando-se que o condenado não tem idoneidade para seguir vida honesta” e, antes dele, pelo Decreto-Lei nº 39.688, de 05.06.1954, que, para além da inoção – ainda hoje não conseguida – de impor a criação de “estabelecimentos especiais” para, de entre outros, “delinquentes de difícil correcção” (artigo 58º, § 3º), já apontava, no mesmo artigo 67º do CP de 1886, para o que seria determinado em 1972, definindo os “delinquentes de difícil correcção” como os “habituais” e “por tendência”. Sem preocupações de exaustividade, os primeiros eram aqueles que reincidiam homótopa ou politropicamente, desde que, nesta última hipótese se verificasse o requisito material de “atenta a sua [do crime] espécie e gravidade, os motivos determinantes, as circunstâncias em que foram cometidos e o comportamento ou género de vida do criminoso, revelando o hábito de delinquir”. Por seu turno, os “delinquentes por tendência” eram aqueles que, não cabendo na definição anterior, cometeram, no seu passado, pelo menos um crime doloso, tentado ou consumado, de homicídio ou de ofensas à integridade física a que correspondesse pena maior (e não correcional) e que “atentos o fim ou motivos determinantes, os meios empregados e mais circunstâncias e o seu comportamento anterior, contemporâneo ou posterior ao crime, revelem perversão e malvadez que os faça considerar gravemente perigosos”. Veja-se a absoluta indeterminabilidade penal – logo inoperacionalidade – dos conceitos usados e que vão em itálico.

<sup>33</sup> De 17.12.2009, queixa nº 19359/04.



do artigo 5º, § 1º, da CEDH, no essencial na medida em que a lei tem de ser clara e previsível, de modo a obviar ao risco de arbitrariedade e, *in casu*, teve “sérias dúvidas sobre se o requerente, no momento dos autos, poderia ter previsto com um grau de razoabilidade que as circunstâncias do ilícito cometido poderia implicar a aplicação de uma detenção preventiva por um período ilimitado de tempo” (§ 104 do acórdão). Mais tarde, no caso *Ilenseher c. Alemanha*<sup>34</sup>, tratando-se de uma situação semelhante, relativa, de novo, a um inimputável, esse acréscimo de detenção cumpriu todos os requisitos legais e não violou nenhuma norma da CEDH. O contrário sucedeu já no caso *Haidn c. Alemanha*<sup>35</sup>, fundamentalmente porque o condenado não foi colocado em instituição hospitalar adequada, mas num estabelecimento prisional comum, o que demonstra a preocupação do Tribunal também com as concretas condições de cumprimento da pena.

Para responder com mais propriedade à questão de investigação que ocupa este apartado, essencial se torna compreender como se determina o *quantum* exacto de privação de liberdade em sede de PRI, matéria sobejamente conhecida, pelo que, *hic et nunc*, a veremos em extremo esboço. Tendo o seu limite mínimo sempre em 2/3 da medida concreta da pena aplicada em caso de unidade ou pluralidade das infracções que cumprem os requisitos dos artigos 83º, ss. e o máximo num *quantitativo fixo* que se vai somando a essa medida concreta (de 6, 4 ou 2 anos), a previsibilidade analisada de se saber o campo de duração da pena está cumprida. Mais ainda, como se sublinhou, o condenado sabe que este é um instituto que vai conhecendo potenciais momentos de libertação *eliminatórios e sucessivos* – o primeiro coincide com o mínimo da PRI, em que o agente não pode sair em liberdade plena, mas sim condicional (o que é um dado relevante, como se verá, para a sua caracterização), pelo período de tempo que lhe faltar cumprir, mas nunca por mais de 5 anos (artigo 90º, nº 2). Se a prognose de exarcelação se não verificar, para o juízo da execução das penas (ou se o agente não consentir na libertação, o que é um requisito aplicável a qualquer modalidade da liberdade condicional – artigo 61º, nº 1), um novo momento equacionável, desde que a medida

<sup>34</sup> De 04.12.2018, queixas n.ºs 10211/12 e 27505/14.

<sup>35</sup> De 13.01.2011, queixa nº 6587/04. Vejam-se ainda, sem sermos exaustivos, os casos *Bergmann c. Alemanha*, de 07.01.2016, queixa nº 23279/14, *Schmitz c. Alemanha*, de 09.06.2011, queixa nº 30493/04, *Mork c. Alemanha*, de 09.06.2011, queixas nºs 31047/04 e 43386/08 e *Grosskopf c. Alemanha*, de 21.10.2010, queixa nº 24478/03.



concreta pela qual o agente tenha sido condenado for superior a 6 anos, seria a 5/6 (artigo 61º, nº 4). Pode suscitar alguma perplexidade a norma do artigo 180º, nº 2, do CEPMPL, a qual prevê a renovação da instância para efeitos de liberdade condicional anualmente, contada da data da última concessão, o que, *prima facie*, poderia conduzir à ideia de que existiriam outros momentos em que este incidente de execução da pena se aplicasse. Assim não é, desde logo por um argumento literal, dado que o referido inciso começa por excepcionar o preceituado no artigo 61º, ou seja, é este e não outro aquele comando que estabelece os momentos – e só esses – em que a liberdade condicional é de equacionar<sup>36</sup>. Do mesmo passo, se a liberdade condicional a 2/3 for revogada, não há possibilidade de a mesma voltar a ser concedida, simplesmente porque se ultrapassaria o limite em que a lei prevê a faculdade de concessão deste incidente executivo, pelo que o artigo 64º, nº 3, é aqui de afastar<sup>37</sup>. Voltando à questão da libertação a 5/6, não se trata, nunca, todavia, de um momento a ter em conta na PRI, sendo esta uma exceção à dita “liberdade condicional obrigatória”. Por um argumento literal – o artigo 90º, nº 1, não remete para o artigo 61º, nº 4 –, mas sobretudo *teleológico* – se estamos a lidar com os criminosos mais perigosos do ordenamento jurídico, admitir a sua libertação, ainda que condicional, por efeito do mero decurso do tempo, *implodiria as razões político-criminais* da própria PRI e importaria, na prática, que se restituísse a uma liberdade controlada alguém que ainda mostra ser perigoso, pois, como se sabe, nos casos do artigo 61º, nº 4, bem podem depor contra o condenado considerações gerais e especiais-preventivas e, mesmo assim, conceder-se o incidente de execução da pena de prisão. Pode

<sup>36</sup> Numa leitura que, em nosso juízo, pode ir no sentido oposto ao defendido em texto, Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 133, e, agora, Conceição CUNHA, “A pena...” *op. cit.*, pp. 137-138 e *As reações...*, *op. cit.*, p. 391. No sentido que temos por correcto, cf. o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 25.05.2011, proc. nº 1050/10.4TXCBR-A.C1 (Mouraz Lopes), ao qual se podem juntar vários outros arestos, pois não encontramos posição dissonante de que não há aplicação de liberdade condicional a 5/6 na PRI. Assim, os acórdãos do STJ de 23.12.2015, proc. nº 154/15.1YFLSB.S1 (Armando Monteiro) e de 28.05.2014, proc. nº 2849/10.7TXPRT-K.S1, destacando-se ainda que, atenta a natureza da medida sancionatória e da providência extraordinária processual, é muito comum que o Supremo tenha desenvolvido mais jurisprudência sobre o instituto que estudamos por via do *habeas corpus*. Também o acórdão do TRL de 24.01.2012, proc. nº 6187/10.7TXLSB-G.L1-5 (José Adriano) e os acórdãos do TRE (Tribunal da Relação de Évora) de 19.11.2015, proc. nº 1558/10.1TXEVR-T.E1 (Maria Isabel Duarte), e de 18.04.2017, proc. nº 1558/10.1TXEVR-G.E1 (António João Latas). Na doutrina, como em texto, Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 436.

<sup>37</sup> Ao invés, Conceição CUNHA, *As reações...*, *op. cit.*, pp. 391-392.

é suceder<sup>38</sup> que, no cumprimento da liberdade condicional a 2/3, em função da duração máxima de 5 anos (artigo 90º, nº 2), o condenado entre já em pleno momento em que a PRI é verdadeiramente medida de segurança, por se ter ultrapassado a medida concreta da pena, o que não levanta particulares dificuldades. Para nós – e o ponto não tem sido salientado –, através do artigo 90º, nºs 1 e 3 (*a pari*, este último), estando o agente em pleno cumprimento da libertação condicional, ultrapassada a dita medida concreta, *pode cessar a aplicação da PRI* se ele provar que a sua perigosidade inexistente já ou transitar para a liberdade para prova (artigos 92º, nº 1, e 94º, *ex vi* do artigo 90º, nº 3). Trata-se, ao fim e ao cabo, do reconhecimento de que as duas sanções que o nosso ordenamento conhece não são realidades estanques, mas relacionam-se através de *vasos comunicantes*.

Assim sendo, não tendo beneficiado da liberdade condicional a 2/3 da pena, simultaneamente mínimo da PRI, a execução prossegue até à medida concreta. Diga-se ainda que é nosso parecer que o *regime de prova* deveria ser aplicado a todas as modalidades de libertação condicional, por só ele estar mais próximo do pressuposto político-criminal de que bebe a PRI<sup>39</sup>. Do mesmo passo, deveria estar ao dispor do juiz de execução das penas, *de iure condendo*, o cumprimento desta liberdade condicional em regime de permanência na habitação do artigo 43º, atenta a própria natureza dos delinquentes e a flexibilidade de contactos com o exterior que este inciso já encerra.

Aqui acaba o mundo da pena e começa o da medida de segurança, já anunciado por um acréscimo sempre igual e, por isso, não adaptado ao caso concreto, que pressupõe um *quantum* de perigosidade vazada em tempo para toda e qualquer concreta factualidade. Como estamos num outro reino, a execução da PRI pode cessar a qualquer momento, de forma completa, com a libertação plena, desde que o condenado alegue e prove que a perigosidade persistente na condenação deixou de existir. Se tal assim não suceder, mas – uma vez mais a proporcionalidade desempenha aqui um papel não despreciando – se revelar que as finalidades da PRI se podem atingir através da liberdade para prova (o correspondente nas medidas de segurança da

<sup>38</sup> Como o notam Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 133 e Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 436.

<sup>39</sup> Conceição CUNHA, *As reações...*, *op. cit.*, p. 390 defende-o claramente, ao que cremos, para as hipóteses dos artigos 83º e 84º, mas não sabemos se, como nós, mantém idêntico pensamento para os alcoólicos e equiparados, à semelhança do que defendemos.

liberdade condicional), então a mesma também pode ser requerida a qualquer momento, sendo apreciada em função dos requisitos já não do artigo 61º, mas do artigo 90º, garantindo-se ainda que, *ex officio*, a instância se renova de 2 e 2 anos para apreciação da eventual concessão da dita liberdade para prova. Se nenhum destes mecanismos tiver tido por efeito a libertação do condenado, chegados ao limite máximo da PRI, o mesmo é imediatamente restituído à liberdade plena, sem se cuidar de qualquer avaliação especial e/ou geral-preventiva. Este será também um aspecto a analisar na natureza jurídica do instituto.

Do prisma do Código de Processo Penal (CPP), o artigo 509º foi revogado pelo CEPMPL, pelo que somos remetidos para este último em sede das questões processuais relacionadas com a execução da PRI. No entanto, compulsado o último Código, verificamos que nele não existe um tratamento *ex professo* desta matéria. Donde, teremos de concluir que se aplicam as regras gerais da pena de prisão até à medida concreta fixada pelo tribunal (incluindo as atinentes ao processo especial de concessão de liberdade condicional apenas a 2/3 – cf. artigos 173º a 187º, do CEPMPL) e as dos artigos 126º a 132º a partir desse momento, em tudo o que contenda com internamento de *imputáveis*. Nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)<sup>40</sup>, “[d]e acordo com o CEPMPL[,] o processo de internamento previsto nos artigos 156º, 164º, nº 2, 165º e 166º, aplica-se aos condenados em pena relativamente indeterminada a partir do momento em que lhe for recusada a liberdade condicional – art. 160º, nº 2, em conjugação com o art. 90º, nº 3. Até 2 meses antes de ser atingido o limite mínimo da pena relativamente indeterminada, os 2/3 referidos no art. 83º, o TEP (tribunal de execução das penas) verifica se se configuram os pressupostos da concessão da liberdade condicional (art. 90º, nº 1), e se não for concedida, a partir do momento em que se mostre cumprida a pena concreta aplicada, iniciam-se os procedimentos previstos no artigos 92º, nº 1, 93º, 94º e 95º, conforme o disposto no nº 3, do art. 90º, só findando o internamento quando se mostrar finda a perigosidade – art. 92º, nº 1, procedendo-se à avaliação sucessiva periódica daquele estado obrigatoriamente, decorrido o prazo previsto no art. 93º, nº 2, ou quando ocorrer

---

<sup>40</sup> Ac. de 23/12/2015, Proc. nº 154/15.1YFLSB.S1 (ARMINDO MONTEIRO).

causa justificativa” (cf. ainda, os artigos 158º, nº 2, al. *a*), nºs 3 e 4, *ex vi* do art. 159º, 160º, 164º, nº 2, todos do CEPMPL).

Desta forma mais integrados no seu funcionamento, parece-nos de meridiana clareza que a PRI e o regime desenhado pelo legislador ordinário *não vulneram quaisquer regras ou princípios constitucionais*. De facto, afastada que foi a “duração indefinida” da pena, por de todo se aplicar *in casu*, analisámo-la à luz do limite da “duração indeterminada”. Em primeiro lugar, não o é porque sabe o condenado e todos os demais sujeitos e intervenientes processuais que a sanção oscila entre um mínimo e um máximo de pena privativa da liberdade, o que por si seria inconstitucional, por não ser conforme ao princípio da legalidade, na forma de taxatividade (artigo 29º, nº 4, da CRP), a qual se aplica também ao *quantum* exacto sancionatório, que aqui não existiria. Todavia, fruto de normas claras e anteriores, também não ignora o agente, *no momento da condenação*, que o valor exacto de privação de liberdade está dependente de dois factores: do funcionamento das regras próprias da *liberdade condicional* a 2/3 da medida concreta (artigo 61º, n.ºs 1 e 3) e da *perigosidade do agente*, conhecendo aqui duas submodalidades: *a*) libertação plena se o condenado deixar de ser perigoso, atestado por juiz; *b*) liberdade para prova nas restantes hipóteses em que, de novo obedecendo à proporcionalidade, se não justifica já uma total reclusão intra-muros, mas também não uma libertação plena. Conexionado com este ponto, poder-se-á ainda acrescentar que, em qualquer delas, em última análise, *é o condenado que controla a sua libertação*, no sentido em que é o modo como se comporta no estabelecimento prisional e que em si se identificam por sinais exteriores as exigências da ressocialização (*proposta*, nunca imposta<sup>41</sup>) que determinarão, a final, quando reganhará a sua liberdade (plena ou controlada). De outro modo: *as condições para a efectivação concreta do quantum são prévias, claras, objectivas, iguais para todos os condenados e conformes à proporcionalidade*, tudo razões depoentes no sentido da não inconstitucionalidade da nossa PRI em função do artigo 30º, nº 1, da CRP. O que vem de escrever-se seria, para nós, suficiente para manter o que está em estudo dentro das margens do que é conforme à Lei Fundamental. Em reforço contrafáctico, estamos em face

---

<sup>41</sup> Claro, sobre este aspecto, *inter alia*, o nosso “Ressocializar, hoje? Entre o ‘mito’ e a realidade”, *Revista do Ministério Público*, nº 156, 2018, pp. 75-119.

dos criminosos mais perigosos que podem existir num Estado – atemo-nos aqui aos “por tendência”, os quais, sendo certamente titulares dos mesmos direitos e deveres de todos os demais condenados e reclusos, não podem deixar de merecer, até para o cumprimento das finalidades punitivas que se retiram da *norma normarum*, um tratamento com algumas *nuances* mais restritivas, ainda consentidas pelo artigo 18º da CRP –, aos quais, por via do artigo 40º, nº 2, se justifica a imposição de uma mais longa privação da liberdade, no que é sempre a resposta à *antinomia genética do Direito entre justiça e segurança*.

Em terceiro lugar – e adivinhando já mais obstáculos –, não se diga que quando a condenação é superior a 6 anos e não há aplicação do artigo 61º, nº 4, estamos em face de uma inconstitucionalidade, até por violação do princípio da igualdade do artigo 13º da CRP, visto que não há qualquer igualdade de facto entre as regiões normativas a tratar: uma coisa é uma pena de prisão pura e simples e outra é uma PRI, que exige um conjunto de pressupostos mais apertados – formais e um material – para ser judicialmente determinada e é a resposta encontrada pelo ordenamento para os mais graves delinquentes, tendo-a, por isso, configurado de modo diverso e, como vimos, a libertação a 5/6 seria totalmente contrária às finalidades político-criminais que estiveram na base da PRI. Junte-se a isto que em lado algum da Constituição se garante aos condenados uma libertação condicional cumprida que esteja uma parte da pena e em que (implícito o consentimento do artigo 61º, nº 1), se prescindia de qualquer análise judicativa especial e/ou geral-preventiva, comportando-se o juiz como um mero tabelião (*accertamento*, na doutrina italiana). Aliás, são poucos os Estados em que um regime como este é previsto, provando, como já escalpelizámos noutro local<sup>42</sup>, um enorme comprometimento (formal) do nosso legislador com a ressocialização, elevando-a a princípio com um grande rendimento de aplicação prática.

Em quarto lugar, poder-se-ia obter-se com o modo rígido através do qual os limites mínimo e máximo da PRI são fixados, em especial não sendo eles minimamente adaptáveis às circunstâncias do agente e do caso concretos. Ora, sabemos que a *individualização da pena* é também uma exigência

---

<sup>42</sup> André Lamas LEITE, “Considerações em torno da Lei nº 94/2021, de 22 de Dezembro e algumas propostas de revisão do Código Penal”, in André Lamas Leite (org.), *Contributos para uma (urgente) reforma da Justiça*, Braga, Nova Causa, 2022, p. 67.

constitucional, desde logo ancorada no princípio da culpa, igualmente sob guardada da CRP, pelo que, à primeira vista, detectaríamos alguma possibilidade de irritação intra-sistemática. Porém, bem vistas as coisas, esses valores fixos e inalterados servem exactamente só para a imposição dos limites mínimos e máximos *e não para a determinação concreta* do tempo de privação de liberdade a coberto da PRI, ou melhor, podem ser dois dos muitos pontos específicos de tal fixação, seja por via do funcionamento da liberdade condicional (no limite mínimo de 2/3), seja por não ter o condenado beneficiado de nenhuma das formas já aludidas de libertação (total ou condicionada) antes do limite máximo<sup>43</sup> (fixado por mera adição de certos anos de prisão). Ora, o *quantum* exacto não resulta necessariamente – e diríamos, na maior parte dos casos – de tais limites, mas do funcionamento das regras típicas das medidas de segurança, ultrapassado que esteja a medida concreta da pena que espoletou a PRI.

### 3. Alguns aspectos controvertidos do regime da PRI

Vencida a dificuldade constitucional, passemos agora a alguns aspectos de regime que desejamos salientar, começando pela natureza jurídica da PRI. Sabemos que o habitual é dizer-se que ela é um *misto de pena e de medida de segurança*, o que recolhe a nossa concordância, mas desde que se sublinhe que *ela é mais esta última que a primeira*. E isto, logo ao nível do Direito positivo, fica claro em uma série de aspectos. Em primeiro lugar, como já se aflorou, a partir do momento em que o legislador parte do princípio que quer o limite mínimo, quer o máximo, são determinados sempre da mesma forma, então não são razões de culpa que, no essencial o ditam, pois a mesma teria de poder ser adequada ao caso concreto. São sim razões de *perigosidade* que justificam este esquema rígido, ou seja, existem duas formas de determinação da moldura penal abstracta intocáveis e que correspondem àquilo que é essencial para que as finalidades do artigo 40º, nº 1, se cumpram, sem sequer olhar para

---

<sup>43</sup> Ponto em que há sempre libertação do condenado, ainda que se mantenha o estado de perigosidade, subsistindo dúvidas se deve ser o juízo de execução das penas ou o tribunal da condenação a declarar a PRI extinta pelo cumprimento, como pode ver-se em Joaquim BOAVIDA, “Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas”, *Julgar*, nº 33, 2017, p. 243.

o caso concreto – como é típico na pena *aplicável* –, mas já o não é quando se lhe segue uma fase de determinação da moldura penal concreta que, bem vistas as coisas, não existe na PRI. E não existe porque *ambas as molduras coincidem nos mesmos pontos de tempo de privação de liberdade*, o qual é pré-dado pelo legislador. Daí que seja, também, tecnicamente, um instituto de natureza especial, por escapar ao normal processo determinativo da medida concreta. Por outro lado, não admite a aplicação de qualquer pena substitutiva<sup>44</sup> – ainda que esta tenha sido revogada<sup>45</sup> –, o que, para nós, se baseia em um juízo para o qual concorrem não só aspectos atinentes à prevenção, mas também à culpa, entendida de uma dada forma, como já escrevemos noutra local<sup>46</sup>. A impossibilidade de sequer cogitar a liberdade condicional a 5/6 da pena, já explicada, é mais um aspecto a depor no sentido do maior pendor da PRI como medida de segurança. Em terceiro lugar, a partir da medida concreta da pena, tudo são regras desta última reacção criminal que se aplicam – assim como do seu incidente executivo (artigo 94º) –, pelo que seria ocioso estar aqui a repetir o regime do artigo 90º (ver, ainda, o artigo 21º, nº 2, do CEPMP). Numa palavra, as únicas coisas que mantêm a PRI também (mas *muito menos*) no domínio da pena são a circunstância de se lhe poder aplicar a liberdade condicional no mesmo ponto correspondente ao seu limiar mínimo e o facto de a culpa ser tida em conta na determinação da sanção a aplicar ao crime ou crimes que estão na base e motivam que se desencadeie o instituto em estudo (artigo 71º, nº 1). Nem sequer se pode dizer que o dito processo determinativo anterior da medida concreta particulariza a PRI, pois tal serve como mero ponto de partida destinado à efectiva fixação da moldura aplicável, razão pela qual ela *não é tecnicamente uma forma especial de determinação da pena*. Outro aspecto contende com o elemento

<sup>44</sup> Em sentido contrário, numa diferente concepção de pena de substituição que parece atribuir efeitos diferentes à única detentiva vigente (a do artigo 43º), ao invés do mesmo substracto político-criminal e dogmático, Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130 e, na sua senda, Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 427, e Conceição CUNHA, “A pena...”, *op. cit.*, p. 132 e *As reacções...*, *op. cit.*, p. 383. E não se diga, como a última autora, que o artigo 43º é apenas uma forma de execução da prisão, pois ele é, sobretudo, uma *pena substitutiva*, como se disse, de momento, a única que existe detentiva, sendo que este posicionamento parece regressar a um passado em que se entendia que só as sanções de substituição não detentivas o eram verdadeiramente, o que de todo corresponde à verdade e ao que os próprios autores defendem.

<sup>45</sup> Ao invés, Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130 e Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 427.

<sup>46</sup> André Lamas LEITE, “Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substracto da atenuação especial da pena”, in José Lobo Moutinho *et al.* (coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa, UCE, 2020, pp. 167-218.

material da existência, no momento da condenação, de perigosidade do agente que ainda persista. Dúvidas inexistem que o juízo a elaborar é o mesmo que fundamenta uma medida de segurança, sendo que a «acentuada inclinação» tem de existir já no momento da comissão delituosa e *surgir como uma solução de continuidade até à condenação* (e respectivo trânsito), tudo nos termos do artigo 83º, nº 1, *in fine*. Algo de similar se diga quanto aos alcoólicos e equiparados<sup>47</sup> (artigo 86º, nº 1, parte final). Parafraseando Cristina Líbano Monteiro<sup>48</sup>, “[a] perigosidade [antecede], acompanha e segue o facto: tem passado, presente e futuro, sob pena de não ser tal perigosidade”, o que a faz concluir por uma ideia de “*continuidade perigosa*”. Por fim, tal como sucede com a reincidência, também na PRI se não exige – ao menos é o que quase unanimemente se diz, como veremos – o efectivo cumprimento das penas a que o agente foi condenado, o que depõe no sentido de que pode não se ter conseguido qualquer efeito útil derivado da privação de liberdade e, mesmo assim, *manterem-se as necessidades de contenção da perigosidade*. De igual passo, a exigência de um certo limiar de gravidade das condenações (em medida superior a 2 anos e efectiva, nos casos do artigo 83º, ou prisão efectiva, nos do 84º, ambos com aplicação adaptada ao artigo 85º, também se exigindo a condenação em prisão efectiva nos artigos 86º e 88º) e, sobretudo, que a mesma não possa ser substituída – em reforço do que se deixou dito – é um índice claro de perigosidade do agente que a lei positivou. Veja-se ainda que, em todos os casos de PRI, o plano de *readaptação* (*rectius*, *ressocialização*, como deveria ser) do artigo 90º é uma *peça central*<sup>49</sup>, a qual, não sendo monopólio das medidas de segurança, se enquadra perfeitamente nos objectivos precípuos de prevenção especial e nos secundários geral-preventivos que, como regra, a doutrina vem assinalando a esta forma sancionatória.

Uma palavra ainda para o artigo 274º-A, nº 4, o qual prevê uma *forma especial de PRI* aplicável somente ao tipo legal de crime de incêndio florestal doloso, por forma a evitar a “reincidência homótopa”, traduzindo-se num

---

<sup>47</sup> Cujo tratamento penal relacionado com a habitualidade, nos alvares da democracia, já merecia a atenção do Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de maio (artigo 71º do CP de 1886).

<sup>48</sup> *Perigosidade...*, *op. cit.*, p. 121. Itálico também no original. “[O] maior grau de autonomia que na perigosidade se verifica relativamente ao facto faz com que este mesmo facto, ao ser provado, se constitua igualmente prova dessa perigosidade que se manifestou nele, mas do mesmo passo, o transcende” (*idem*).

<sup>49</sup> Assim, logo Eduardo Correia, em *Actas...*, p. 195.



regime combinado entre os delinquentes por tendência, por exigir esta última (apenas em relação àquele particular tipo legal e não a uma multiplicidade deles, como pode acontecer nos artigos 83º e 84º) e o dos alcoólicos e equiparados, dado que se demanda apenas a prática anterior de um único delito da mesmíssima natureza (não se podendo defender a sua aplicação para outros que tutelem bens jurídicos próximos), pelo que há razões preventivas-gerais e especiais na sua base. Poder-se-ia pensar somente em razões especiais-preventivas, face à aplicação subsidiária expressa do artigo 87º, mas cremos que seria farisaico, na concreta realidade portuguesa, negar-lhe também uma finalidade de acção societal no seu conjunto, o que, em resumo, constitui esta numa *modalidade autónoma da PRI*, de tal modo que é incompleto limitá-la aos delinquentes por tendência e aos alcoólicos e aos toxicodependentes. Daí também que a determinação do *quantum* da PRI seja decalcado do artigo 84º, nº 2, *ex vi* do artigo 274º-A, nº 5.

O *direito de graça* como forma de extinção ou modificação da sanção criminal tem, entre nós, na prática legislativa, deixado de fora os “delinquentes habituais, por tendência, reincidentes ou condenado em PRI”<sup>50</sup>, o que se entende face ao escopo do instituto. Não obstante, *em tese*, nada impede que qualquer das suas manifestações opere, até pelo lugar paralelo do artigo 75º, nº 4, ou seja, ainda que amnistiado ou perdoado genericamente um dado facto criminoso, ele não deixa de contar para o preenchimento dos requisitos do instituto sob escrutínio<sup>51</sup>. Porém, assiste razão a Figueiredo Dias<sup>52</sup> ao defender que, na falta de lei expressa – para nós, devia existir no plano do Direito a constituir disposição similar ao artigo 75º, nº 4, para a PRI –, ter-se-á de concluir que o *direito de clemência impede o funcionamento do instituto*, pois

<sup>50</sup> Artigo 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 259/74, de 15 de Junho (embora, pouco depois, o artigo 1º, nº 1, al. b), do Decreto-Lei nº 271/74, de 21 de Junho tenha vindo clarificar que os “delinquentes de difícil correcção” também se achavam abrangido por aquele perdão de penas, artigo 9º, nº 2, al. a), da Lei nº 15/94, de 11 de Maio (reconhecendo o obstáculo em texto, o acórdão do TRL de 12.10.1994, proc. nº 0334783, Serra e Lima), e artigo 2º, nº 1, al. a), da Lei nº 29/99, de 12 de Maio. Corrigindo uma flagrante aplicação errada da Lei nº 15/94, o acórdão do STJ de 19.04.1995, proc. nº 047346 (Vaz dos Santos).

<sup>51</sup> Já Victor Sá PEREIRA, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 136. Embora sobre a reincidência, o assento do STJ de 29.01.1969, proc. nº 32623, propendeu – e bem – para o sentido de que, se uma lei de amnistia relativa a certos delitos e que conhecia um limite máximo aplicável aos mesmos fosse, por via da reincidência, aumentada na sua moldura abstracta, nem por isso afastava a manifestação de clemência, pois, em síntese, “[o] que se amnistia é o crime e nos elementos que o configuram não cabe a reincidência”, referindo-se também aos “delinquentes de difícil correcção”, de idêntico modo não os afastando da amnistia, sendo que a lei em causa nada dizia sobre o tema.

<sup>52</sup> *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 703 e, concordante, Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 428.

estaríamos perante uma verdadeira lacuna que se preencheria *contra reum*, em violação do princípio da legalidade (artigo 29º da CRP, e artigo 1º, nº 3).

Verificando agora da *aplicação das formas especiais de determinação da pena* (claríssimo que a PRI é um instituto privativo da prisão e nunca da multa principal, bem assim de qualquer sanção acessória ou substitutiva), o concurso (artigos 30º, nº 1, e 77º) ou a punição por via da exasperação do crime continuado (artigos 30º, nº 2, e 79º) – e, *ça va sans dire*, o conhecimento superveniente de qualquer uma destas hipóteses, previsto nos artigos 78º e 79º, nº 2 – é perfeitamente equacionável à medida concreta da pena, o mesmo se passando – embora pelas suas próprias características de diminuição extraordinária da ilicitude, da culpa ou das exigências preventivas tal não seja habitual – com a atenuação especial da pena (artigos 72º e 73º), com o desconto (artigos 80º a 82º), mas *já não com a dispensa de pena* (artigo 74º), uma vez mais pelo substracto político-criminal e dogmático que lhe subjaz, bem como pela consequência prático-jurídica que encerra: ao não se aplicar qualquer pena, nunca pode existir a mutação da moldura aplicável ínsita à PRI. Por fim, como sabemos, por via do artigo 76º, nº 2, entre esta última e a reincidência intercede uma *relação de mútua exclusão*<sup>53</sup>. Previamente a tudo isso, como houve já oportunidade de sublinhar, as circunstâncias modificativas (atenuantes ou agravantes, comuns ou nominadas, gerais ou específicas)<sup>54</sup>, exceptuando a reincidência, logram todas elas aplicação no tema em estudo, por se situarem ao nível da moldura penal abstracta de cada delito, a qual não é objecto de qualquer modificação em sede de PRI. Por fim, de novo *natura rerum*, por ser *substancialmente uma medida de segurança*, é de todo impensável aplicar o instituto sob escrutínio às pessoas colectivas e entidades equiparadas.

Passemos, neste momento, a uma análise mais filigrânica de alguns aspectos de regime que concitam dúvidas. Pelo exposto até aqui, bem se

<sup>53</sup> Desde logo sob pena de, assim não sendo, se violar o artigo 29º, nº 5, da CRP, ou seja, o princípio da proibição do *ne bis in idem*, como bem refere o acórdão do TRL de 09.05.2002, proc. nº 009869 (Silveira Ventura).

<sup>54</sup> Sobre elas, propondo um novo entendimento, veja-se o nosso “A reincidência: reflexões em torno da noção de ‘circunstância modificativa’ e propostas de *iure condendo*”, in Paulo Pinto de Albuquerque *et al.* (coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, *op. cit.*, pp. 299-328. Entendimento este que encontra no assento de 29.01.1969, proc. nº 32623, do STJ, uma bela forma sobre o que é a reincidência: “[i]ndiferente à ilicitude, não fundamenta a culpabilidade. Apenas a gradua. Sem afectar a essência do crime, circunda-o alterando a sua quantidade”.

percebe que a PRI só opere entre crimes dolosos, do mesmo passo que, tal como na reincidência, se exija somente que as condenações anteriores tenham existido e transitado em julgado, mesmo que, por qualquer motivo – fuga do agente, prescrição da pena, direito de graça –, a mesma não tenha sido efectivamente cumprida, o que acaba por abranger mais situações fácticas. Ao que sabemos, a opinião unânime entre nós *basta-se com a prática do ou dos crimes anteriores*<sup>55</sup>. Discordamos desta perspectiva, uma vez que a mera comissão, se não passar pelo crivo de um processo judicial com condenação transitada em julgado, não existe no mundo do Direito, pelo que não vislumbramos como se pode bastar com a mera prática qualquer instituto penal e, por maioria de razão, aquele que é o mais grave para os delinquentes. *A simples prática sem certificação judicial de nada vale*, pelo que o requisito deve ser lido como fazemos em texto<sup>56</sup>. *A única hipótese* em que o defendido é verdade contende com as hipóteses em que a PRI se aplica como sanção de cúmulo jurídico por vários crimes cometidos e – aí sim – basta a sua mera prática, que depois será objecto de condenação e trânsito.

No artigo 83º, nº 1, a exigência da comissão de dois ou mais crimes basta-se, p. ex., com uma única condenação em pena de concurso, ou seja, se o tribunal aplica 3 anos de prisão efectiva resultante do cúmulo entre duas sanções parcelares de *v.g.*, 3 e 2 anos, o pressuposto formal está verificado, dado que o grau de agressão à norma jurídico-penal se consubstancia já com os dois juízos valorativos em que se baseou cada uma das penas parcelares; exigir, ademais desta condenação, uma outra, seria violar a própria *ratio legis* do concurso enquanto forma especial de determinação da pena, a circunstância de o nosso legislador ter optado por um sistema de pena conjunta (em que cada uma das parcelares não perde autonomia) e, por fim, exigir-se-ia desproporcionalmente mais a este condenado que a outro que não fosse objecto das regras do concurso. Se é assim, todavia, então temos de ser consequentes com a medida punitiva de cada um dos crimes, ou seja, no exemplo acima propositadamente dado, *não se verificaria*, na verdade, o requisito formal das duas condenações em pena efectiva superior a 2 anos, uma vez que uma

<sup>55</sup> Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130 e Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 427.

<sup>56</sup> Não será por acaso que no acórdão do TRL de 19.11.1989, *in CJ (Colectânea de Jurisprudência)*, vol. IX, nº 5, p. 194, se exigem as *certidões das anteriores condenações do arguido*. O mesmo sucede no aresto do STJ de 04.12.1991, *in BMJ (Boletim do Ministério da Justiça)*, nº 412, 1992, p. 154.

delas é exactamente nesse *quantum*. Apenas e tão-só quando as penas parcelares em concurso são, *ao menos duas, superiores a 2 anos* de duração está o requisito cumprido. Assim não sendo, na primeira hipótese do concurso figurada, exigir-se-ia a comissão delituosa de, pelo menos, mais um crime com privação de liberdade por mais de 2 anos para que se equacionasse a PRI<sup>57</sup>. O mesmo raciocínio serve para os casos menos graves do artigo 84º, nº 1. Acresce que bem pode suceder – como na reincidência – que o requisito material do instituto se verifique apenas em relação a um ou alguns dos delitos em concurso, o que, de igual modo, em nada impede a aplicação da PRI, ponto é que os demais requisitos estejam preenchidos.

Outro problema em sede de conhecimento superveniente do concurso (artigo 78º, nº 1), consiste em saber como operar a decisão cumulatória (artigos 471º e 172º, do CPP) nas hipóteses em que uma das penas parcelares é uma PRI e as demais o não são. Vamos imaginar que, no processo em que se operará o cúmulo, o agente foi condenado a 1 ano de prisão efectiva e ainda se acha em cumprimento de uma PRI que oscila entre 6 e 15 anos (artigo 83º, nº 1), por relação a uma pena concreta de 9 anos de prisão. Partindo do sistema de pena conjunta, na modalidade de cúmulo jurídico (artigo 77º), o tribunal, tendo já fixadas as penas parcelares (1 e 9 anos), limitar-se-á a aplicar o último inciso, construindo a moldura do concurso, a qual oscilará entre 9 e 10 anos, determinando, de seguida, a pena única, p. ex., de 9 anos e 6 meses. Só aqui – e nunca em relação às penas parcelares, como bem entende a nossa jurisprudência de forma que se crê unânime<sup>58</sup> – o tribunal decidirá se os pressupostos da PRI se mantêm, mas com a dispensa dos pressupostos formais, no caso de um dos crimes parcelares não cumprir algum deles (no nosso exemplo, a condenação em 1 ano), sendo sim de aferir se, também em face da ou das penas parcelares em concurso, se verifica – ou até reforça, como normalmente sucederá – o pressuposto material da acentuada tendência ou

---

<sup>57</sup> Em sentido que temos por oposto, cf. o acórdão do TRE de 15.12.2015, proc. nº 134/12.9GDEVR.E2 (José Proença da Costa): “[d]eve, em caso de concurso de penas, construir-se a partir da pena de concurso e não sobre as parcelares, devendo fixar-se em primeiro lugar, as penas parcelares e só depois a de conjunto, seguindo-se a agravação em função da dosimetria à luz das regras previstas para a pena relativamente indeterminada”.

<sup>58</sup> Entre muitos, cf. os acórdãos do STJ de 21.11.1984, *BMJ*, 341, p. 247, de 28.01.1987, *CJ*, XIII, I, p. 157, de 19.04.1995, proc. nº 047346 (Vaz dos Santos), de 22.01.2003, proc. nº 0068279 (Santos Monteiro) e de 20.03.2019, proc. nº 114/14.0JACBR.S1 (Vinício Ribeiro), o acórdão do TRE de 15.12.2015, proc. nº 134/12.9GDEVR.E2 (José Proença da Costa) e os acórdãos do TRL de 28.01.1987, proc. nº 0003055 (Sá Nogueira) e de 22.01.2003, proc. nº 0068273 (Santos Monteiro).

do abuso de álcool ou estupefacientes (consoante os casos). Apenas e tão-só se poderia admitir, *em tese*, o afastamento da PRI na pena final de concurso se e na medida em que a ou as demais penas parcelares depusessem contra o preenchimento do *requisito material*, o que não acontecerá, pela própria natureza das coisas, dado tratar-se de mais uma condenação, que não tem de ser homótopa e sabendo-se que, na apreciação das tendências (delinquente ou de abuso de substâncias), a entidade judicativa deve atender a todo o registo criminoso existente, no sentido de toda a informação de contactos com o sistema formal de controlo social, pois só assim se poderá ter uma clara percepção dos factos projectados na personalidade do agente<sup>59</sup>. Não há, neste modo de proceder, qualquer vulneração de princípios constitucionais como a proibição do *non bis in idem*, a proporcionalidade ou a igualdade, porquanto se trata, na decisão cumulatória dos artigos 471º e 472º, do CPP de trabalhar com *factos distintos* e em que a proporcionalidade e igualdade já foram adequadamente considerados pelos respectivos tribunais das condenações. Se, ao invés, estivermos perante a aplicação do artigo 78º a duas ou mais PRI, operar-se-á de igual modo, partindo da medida concreta que motivou cada uma das penas, construindo a moldura do concurso e o seu *quantum exacto*, tudo, aliás, de acordo com o artigo 77º. Resulta evidente que nestas duas hipóteses configuradas, como é obrigação expressa da parte *in fine* do nº 1 do artigo 78º, haverá lugar ao desconto do tempo de reclusão já cumprido.

Destarte, não patrocínamos as posições defendidas por Maria João Antunes<sup>60</sup> e Dá Mesquita, no sentido de considerarem que – em hipóteses, como referimos, mais «de escola» que da vida prática – apenas se aplicará a PRI se todas as medidas concretas reunirem todos os requisitos formais e material; tal não sucedendo, haveria execução sucessiva de penas. Não nos impressiona o argumento – verdadeiro – de que esta hermenêutica seria desfavorável ao arguido, pois inexistente uma obrigação interpretativa *pro reo*, mas sobretudo o contrassenso em que se cairia se depois de uma PRI se cumprisse uma nova pena, pelas próprias expectativas do agente e pela

<sup>59</sup> Assim, o acórdão do STJ de 05.02.2003, proc. nº 03P1233 (Pereira Madeira).

<sup>60</sup> “Concurso de crimes e pena relativamente indeterminada: determinação da medida da pena”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 5, 1996, pp. 307-321.

finalidade político-criminal que subjaz ao instituto. Mais: a ser assim, para o funcionamento da liberdade condicional teria de se aplicar o artigo 64º, o que implicaria que o agente poderia dela beneficiar a ½ da pena, o que, em vários casos concretos poderia estar abaixo dos 2/3 da PRI que, no mínimo, deveria cumprir. É inaceitável, violador dos artigos 83º, ss. e do ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico. Não compreendemos, do mesmo modo, os argumentos de Pinto de Albuquerque<sup>61</sup>, ao defender que nos problemas que vimos de analisar, se deve aplicar o *princípio da absorção pura* e, deste modo, seria com base na medida concretamente aplicada mais grave dos delitos particulares em concurso superveniente que se acharia a medida concreta a partir da qual se determinaria a duração da PRI. Tal esquece que estamos perante uma hipótese de concurso efectivo de crimes do artigo 30º, nº 1, e, por isso, punível nos termos do artigo 77º e que a absorção pura foi rejeitada no nosso modelo de sancionamento concursal, existindo apenas uma sua concessão no limite mínimo da moldura abstracta do concurso, prova de que esta não é suficiente, em regra, para a fixação do *quantum* final. Esta proposta viola, portanto, o sistema de pena conjunta, correndo-se o risco de a medida final não cumprir as finalidades punitivas, em especial as gerais-preventivas. Esquece ainda que, nos termos dos artigos 471º e 472º, do CPP, o arguido é sempre ouvido e, por isso, *não há uma aplicação automática do elemento material da PRI*.

Ultrapassada esta questão, mister é concretizar o que se deve entender por “sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma *acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista*”. A Recomendação R 2014(3), de 19/2/2014, do Conselho da Europa, define um “a) ‘*agente perigoso*’ como ‘aquele que foi condenado por um crime sexual grave ou muito grave contra as pessoas e que apresenta uma alta probabilidade de reincidir, praticando mais crimes do mesmo tipo; b) a *violência* pode ser definida como o uso intencional da força, seja sob a forma de ameaça ou sua concretização, contra pessoas, a qual resulte em ou tenha a probabilidade de causar ferimento, sofrimento psicológico ou morte. Nesta definição cabem quatro formas através das suas a violência pode ser infligida: física, sexual, psicológica e privação de liberdade;

---

<sup>61</sup> *Comentário...*, p. 429, citando ainda, em seu apoio, o defendido por Miguez Garcia/Castela Río.

c) o *risco* é definido como a alta probabilidade de reincidência quanto a crimes sexuais graves ou muito graves contra pessoas”. A “acentuada inclinação para o crime” tem, de um ponto de vista numérico dos delitos praticados, a sua resposta nos respectivos requisito formais que abordam este ponto. É verdade que o juiz pode considerar que só a partir de um limite mais elevado desse número é que se convence da existência da “*acentuada* inclinação”. Não se trata de uma inclinação simples, mas *qualificada, notória, evidente* e, por isso, operando apenas *ope judicis* e nunca *ope legis*<sup>62</sup>, ou seja, “o decisivo é que o conjunto dos crimes implique um perigo insuportável para a colectividade”<sup>63</sup>.

José Beleza dos Santos<sup>64</sup>, na sequência da sua escolha para presidir à sub-comissão que, em 1948, apresentou um relatório à *Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire*, acaba por assumir uma *posição equívoca* e de grande dificuldade de aplicação prática, pois propende para a existência de “uma *presunção de delinquência* habitual depois de um certo número de reincidências, apenas no caso em que a lei preveja a possibilidade de corrigir essa presunção segundo a realidade”, a qual terá de ser judicialmente declarada e extinta. Defende ainda que a libertação definitiva dos delinquentes por tendência deve ser precedida de “uma liberdade condicional próxima do regime de prova”, a separação destes delinquentes dos demais – o que não podia estar mais certo –, orientando-se estas medidas para “a reeducação e readaptação social”, vendo o condenado a sanção revista periodicamente, sendo que o efeito de intimidação se consegue através do cariz relativamente determinado da sanção. Por fim – no que, para nós, contraria o instituto e felizmente não nos parece ter feito curso legislativo –, defende ainda Beleza dos Santos a possibilidade de “encarar a aplicação de medidas especiais para as pessoas que hajam cometido muitas infracções por negligência habitual perigosa” (o que seriam “*muitas*” e em se traduziria o requisito final?).

Voltando à questão do que é a “acentuada inclinação” e dito de outra forma, com o auxiliar precioso do texto da lei – em que a *natureza dos*

<sup>62</sup> Assim, o acórdão do STJ de 21.03.2018, proc. nº 133/14.6T9VIS.C2.S1 (Vincício Ribeiro).

<sup>63</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 883, n. m. 35. Como nos dão conta os autores (*idem*), a jurisprudência alemã vem considerando ainda o efeito dos delitos sobre as vítimas, devendo usar-se “um critério concreto-objectivo”.

<sup>64</sup> “Tratamiento de delinquentes habituales”, *Revista Penal y Penitenciaria*, XIII, nº 47/50, 1948, pp. 3-9. Nossos tradução e itálicos.

“*factos praticados*” e a “*personalidade do agente*” funcionam como “*factores de medida da inclinação*”, à semelhança do que sucede com o artigo 71º no processo determinativo geral da medida concreta sancionatória –, é essencial que o tribunal, na sua íntima convicção (artigo 127º do CPP), considere que os crimes agora em julgamento e os anteriores *não surgem como episódios isolados e sem relação entre si na vida do agente*, mas que se inserem numa *linha de continuidade* em que o crime, não sendo um “modo de vida”, mas sim um *minus* em relação a este conceito técnico-jurídico, dele não se afasta consideravelmente. O agente revela que não deseja ou é incapaz (embora ainda imputável) de se conformar com o dever-ser jurídico-penal e que a prática criminosa surge na sua vida como algo “*natural*”, como se houvesse uma espécie de *efeito anestésiante* quanto àquilo que a comunidade no seu conjunto lhe exige. Do mesmo modo que aquilo que sucede na reincidência, pode aqui introduzir-se a questão da homotropia ou da politropia. Já nos pronunciámos<sup>65</sup>, nesta última hipótese, pela existência de um *sistema de politropia (ou homotropia, se se preferir) mitigada* e não polítrpo puro, como cremos ser unanimemente considerado. Pelos motivos que lá deixámos enunciados e para onde remetemos o leitor, a proximidade dos bens jurídicos violados é um auxiliar para preencher o elemento material da PRI do artigo 83º, nº 1, *in fine*. No entanto, a sua força é aqui menor: tanto pode revelar uma acentuada inclinação criminal aquele que reitera a vulneração de interesses juridicamente protegidos com frequência e que são próximos entre si, como aquele que, ao invés, se destaca pelo cariz plúrimo desse ataque. Por outras palavras, como se viu, não é consensual na Criminologia se a “*inclinação*” é mais grave nas hipóteses de homotropia ou de politropia, dado que, se por um lado a homotropia revela uma carreira criminal “*especializada*”, a politropia aponta para uma capacidade multifacetada de comissão delitual apta a traduzir um maior desrespeito pelo Direito. Sabe-se que durante a primeira metade do séc. XX se procuraram explicações nas teorias biológicas, o que foi seriamente abalado pelo trabalho de criminólogos como Marvin Wolfgang<sup>66</sup>, na década de 1950, o qual provou que apenas um pequeno número de delinquentes

<sup>65</sup> “A reincidência...”, *op. cit.*, pp. 313-319.

<sup>66</sup> Entre tantas outras obras, veja-se *Patterns in Criminal Homicide*, reimpr., Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2016.



se transformava em perigoso ou altamente perigoso e que a maior parte dos crimes eram contra a propriedade e não contra as pessoas.

O ordenamento jurídico-criminal germânico encontra no § 66 do *StGB* o instrumento que mais se aproxima da nossa PRI<sup>67</sup> – “a medida mais gravosa do Direito Penal”<sup>68</sup> ou a “última medida de emergência da política criminal”<sup>69</sup> –, fornecendo ainda aquilo que é considerado como “uma quase definição de criminoso de alto risco”<sup>70</sup>. Trata-se, em muito largo esboço, de o juiz poder aplicar, para além da prisão, uma *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* (*detenção preventiva*, literalmente<sup>71</sup>), desde que o crime em causa seja doloso e punido com prisão efectiva de, pelo menos, 2 anos, abranja determinados bens jurídicos, de entre eles, “a vida, integridade física, liberdade pessoal ou auto-determinação sexual”, tenha sido anteriormente condenado a duas penas de, no mínimo, 1 ou 2 anos cada, dependendo dos casos, e “uma avaliação geral do agente e do facto cometido leve à conclusão que, devido à propensão para cometer crimes graves, em particular do tipo dos que resultam em traumas emocionais ou lesões físicas, o agente represente um perigo para o público em geral no momento da sua condenação”<sup>72</sup>. Essa detenção pode durar até 2 anos no máximo (§ 67d, 1, do *StGB*). Sucede que o *BVerfG*, no seu aresto 2 BvR 2365/09, de 04.05.2011, declarou o § 66 do *StGB* inconstitucional,

<sup>67</sup> Introduzido em 1933 e usado pelo *III Reich* como instrumento de contenção de inimigos políticos ou de qualquer pessoa que ousasse pensar diferentemente, o que também justifica as dúvidas que ainda hoje se lhe assinalam, embora o § 66 do *StGB* já encerre, em conjugação com a *StVollzG* (*Strafvollzugsgesetz*: “Lei da Execução Penal”, a correspondente ao nosso CEPMP), uma finalidade não apenas detentiva, mas também ressocializadora, ao invés do que vimos *supra* na *BVerfGE* 2, 118 que – não nos esqueçamos – é de 1953.

<sup>68</sup> Assim a caracterizam MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 877, n. m. 21.

<sup>69</sup> Nas palavras dos trabalhos preliminares do *StGB*, que encontramos em Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Granada, Comares, 2002, p. 876.

<sup>70</sup> Frieder DÜNKEL *et al.*, “Introduction”, in Frieder Dünkel *et al.* (eds.), *European Treatment, Transition Management, and Re-Integration of High-Risk Offenders*, Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg 2016, p. 256.

<sup>71</sup> Já julgada conforme à *GG* pela *BVerfGE* 2, 118 (1 BvR 377/51), de 30.01.1953.

<sup>72</sup> No original, apenas na parte citada em texto, “(1) Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn 1. jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die a) sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet, [2]. der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, 3. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und 4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist”.

por violação do artigo 2, 2, da *GG*, em conjugação com o artigo 104, 1<sup>73</sup>, pelo que é exigido um “estrito teste de proporcionalidade” antes da sua determinação judicial. Como regra, de novo citando o acórdão, “a medida só será proporcionada se existir um risco de crimes violentos ou sexuais que resultem de concretas circunstâncias da pessoa ou do seu comportamento”. Exige-se, portanto, um alto grau de fundamentação no que tange à prognose de reincidência do agente e sua concatenação com a natureza muito importante dos bens jurídicos protegidos<sup>74</sup>, sendo exacto que os tipos legais referidos que devem pesar na decisão judicial são um mero ponto de partida, podendo o tribunal exigir maior gravidade<sup>75</sup>.

No que tange ao artigo 85º, como já referimos em outro local<sup>76</sup>, carece de sentido a restrição aos jovens delinquentes ter como índice formal os 25 anos<sup>77</sup>, o qual é único no ordenamento jurídico-penal, devendo passar a ser de 21 anos, desde logo tendo em conta o regime dos ditos “jovens adultos” (Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro). Por outro lado, tendo em conta a em tese maior probabilidade de se conseguir a ressocialização de alguém que tem menos idade, o regime é mais exigente no preenchimento dos requisitos para que se aplique a PRI. Assim, exige-se – o que é único no instituto – que o agente tenha já efectivamente cumprido pena de prisão de, no mínimo, um ano (artigo 85º, nº 1), o que acaba também por reforçar a “acentuada inclinação para o crime”. Diminui-se ainda o “prazo de prescrição da tendência” de 5 para 3 anos (artigo 85º, nº 3), abrangendo-se assim menos factos criminosos eventualmente cometidos e a adição ao limite máximo da moldura aplicável passa de 6 para 4 anos nas hipóteses do artigo 83º e de 4 para 2 nas do artigo 84º (artigo 85º, nº 2).

---

<sup>73</sup> “A liberdade pessoal só pode ser restringida com base em lei formal e apenas de acordo com as formas nela previstas. Os reclusos não podem ser sujeitos a abuso psicológico ou físico”.

<sup>74</sup> *Inter alia*, as decisões do *BGH* de 19.10.2011 – 2 StR 305/11, n. m. 10; de 28.03.2012 – 5 StR 525/11; de 23.04.2013 – 5 StR 610/12.

<sup>75</sup> Acórdão do *BGH* de 24.01.2012 – 5 StR 535/11.

<sup>76</sup> “Considerações...”, *op. cit.*, p. 94.

<sup>77</sup> Pelo contrário, Conceição CUNHA, *As reações...*, *op. cit.*, p. 439. Na Comissão Revisora do ProjPG, Maia Gonçalves (*Actas...*, pp. 180-181) defendeu que se passasse de 25 para 26 anos, “por ser esta a idade que vale para diversos efeitos penais, v. g., para limite máximo do internamento em prisão-escola”, o que foi rejeitado, mantendo-se os 25 anos.

Quanto ao referido prazo de “*prescrição da tendência*”, há quem considere<sup>78</sup> que o eventual período em que o agente beneficie de liberdade condicional ou para prova deve ser descontado, atendo-se à sua hermenêutica como incidentes de execução da pena privativa, ou, ao invés, quem, como nós, mas somente nas hipóteses de revogação de alguma delas, propenda para a sua não consideração. Uma vez mais, já nos pronunciámos sobre a questão e, por isso, para lá remetemos o leitor<sup>79</sup>.

Finalmente, quanto aos *alcoólicos e equiparados*, o art. 86º, ao invés dos delinquentes por tendência, não prevê qualquer «prescrição da tendência» (art. 83º, nº 3, igualmente aplicável ao art. 84º, *ex vi* do seu nº 3 e ao art. 85º, também por força do mesmo número), o que não temos por qualquer esquecimento legislativo<sup>80</sup>, mas como uma *opção político-criminalmente sustentada*. Se o objectivo é combater a adição, só assim se permite uma *intervenção mais precoce* – visto que os delitos só relevam se praticados sob o efeito da adição ou com ela relacionados, o que torna, também por aqui, esta uma modalidade distinta dos delinquentes por tendência – e, em regra, mais eficaz na problemática; se se exigisse um dado período de tempo entre os crimes, era o próprio delincente que seria prejudicado, exactamente o oposto do pretendido. Daí também que baste uma única comissão de um delito punido com prisão efectiva agora julgado e outro anterior, sendo que a efectividade se justifica por exigências de proporcionalidade, do mesmo passo que a soma que vai constituir o limite máximo da moldura aplicável é, no máximo, de 4 anos e nunca de 6, como sucede com o art. 83º, nº 2. Adequado é, por fim, que o regime executivo desta modalidade de PRI seja igual ao da dos artigos 83º a 85º

<sup>78</sup> Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130. Concordante, Conceição CUNHA, “A pena...”, *op. cit.*, p. 132 e *As reações...*, *op. cit.*, p. 384.

<sup>79</sup> “Considerações...”, *op. cit.*, pp. 65-68. No mesmo sentido, já Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 428.

<sup>80</sup> Conceição CUNHA, *As Reações Criminais...*, *op. cit.*, pp. 386-387 levanta esta hipótese.

#### ***4. In memoriam***

Este foi, porventura, o mais difícil artigo jurídico que escrevi numa vida académica já com mais de duas décadas. Depois da Cátia e do Filipe, a BENEDITA MACCRORIE foi chamada demasiado cedo para a Grande Viagem, o que nos interpela profundamente sobre a vida de quem parte e dos que ficam. À cabeça, da belíssima família que a Benedita soube contruir, mas também daqueles que, como eu, tivemos a honra de com ela partilharmos os bancos da Faculdade e de nos tornarmos amigos. A vida – ou a nossa inabilidade para a conduzir – fez com que não nos falássemos muito depois de entrarmos no mercado de trabalho, mas sempre que nos víamos, a Benedita era a mesma pessoa doce, afável, educada, meiga e de sorriso fácil. Daquelas pessoas que nos fazem bem, pois a sua companhia era sempre um raio de luz. As toscas linhas que escrevi não são uma homenagem, mas um pretexto para um encontro que cada vez mais lamento não ter sido presencial. Como acredito – e a Benedita também – rezo para que o Bom Pastor te tenha em lugar de paz e felicidade eternas, olhando serena, mas determinadamente, pelo teu marido, filhos, demais família e amigos. Oro também para que as tuas qualidades tenham deixado perenes frutos nesta passagem mundana, de modo a que possamos aspirar, utopicamente, a uma Jerusalém celeste tornada dia-a-dia.