

De
LEGIBUS

5/6

2023

**A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA:
REGIME E CONFORMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

THE RELATIVELY INDETERMINATE PENALTY: LEGAL FRAMEWORK
AND CONSTITUCIONAL CONFORMITY

CARLOS FERREIRA DA SILVA

REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA: REGIME E CONFORMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

THE RELATIVELY INDETERMINATE PENALTY: LEGAL FRAMEWORK
AND CONSTITUCIONAL CONFORMITY

CARLOS FERREIRA DA SILVA*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. A pena relativamente indeterminada; 2.1. Regime geral – delinquência por tendência; 2.1.1. Pressupostos formais; 2.1.2. Pressuposto material; 2.2. Regimes especiais; 2.3. Natureza da PRI. Compatibilidade com um sistema monista?; 2.4. Execução da PRI; 2.5. Duração da PRI; 2.5.1. Limite mínimo da PRI; 2.5.2. Princípio orientador da determinação do limite máximo; 2.5.3. Limite máximo da PRI; 2.6. Os fins das penas: breve referência em confronto com o instituto da PRI; 3. A conformidade (jurídico-) constitucional da PRI; 3.1. Relações estabelecidas entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal; 3.2. A convivência da PRI com os princípios da culpa e da proibição de penas perpétuas ou de duração indeterminada; 3.2.1. Proibição de penas perpétuas; 3.2.2. A determinabilidade dos conceitos jurídico-constitucionais; 3.3. Convivência com o princípio da culpa; 4. A posição do TEDH; 5. Que dizer?; 6. Considerações finais.

RESUMO: No presente estudo pretendemos abordar alguns aspetos relacionados com a problemática da pena relativamente indeterminada (PRI), uma figura com alguns contornos que se mostram em alguma oposição ao dito “regime normal” a que estamos habituados e que levanta algumas divergências doutrinárias. Para tal, iremos abordar, em parte, os seus pressupostos de aplicação, de modo a compreendermos como funciona este instituto. Posto isto, chegaremos à execução e à duração da PRI, sendo nesta sede que levantaremos algumas questões dogmáticas, nomeadamente quanto ao tempo máximo de duração. Num segundo momento, pretendemos mostrar como a PRI se mostra inconstitucional por violação dos princípios da culpa e da proibição das penas perpétuas. Quanto a este último, analisaremos sucintamente a perspetiva do Tribunal Constitucional (TC) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

* Assistente na Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona (Porto). Investigador Associado do CEAD Francisco Suárez. Doutorando em Direito. Orcid: 0009-0000-8984-4493. carlos.silva@ulusofona.pt

PALAVRAS-CHAVE: PRI; pressupostos; duração; constitucionalidade; princípio da proibição de penas perpétuas ou de duração ilimitada ou indefinida; determinabilidade; princípio da culpa; TEDH.

ABSTRACT: In the present study, we intend to address some aspects related to the issue of the sentence relatively indeterminate, a concept with certain features that appear to be in opposition to the so-called “normal regime” to which we are accustomed and which raises some doctrinal divergences. To this end, we will partially explore its application prerequisites to understand how this institution functions. Having said that, we will delve into the execution and duration of the PRI, raising some doctrinal questions, particularly regarding the maximum duration. In a second phase, we aim to demonstrate how the sentence relatively indeterminate is unconstitutional due to a violation of the principles of guilt and the prohibition of perpetual sentences. Concerning the latter, we will briefly analyze the perspective of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

KEYWORDS: Relatively Indeterminate Penalty; assumptions; duration; constitutionality; principle of prohibition of perpetual or unlimited or indefinite duration penalties; determinability; principle of guilt; European Court of Human Rights

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pena relativamente indeterminada (PRI) remonta as suas origens enquanto tentativa de combater a delinquência especialmente perigosa que existia no ordenamento jurídico. A lei de 20 de julho de 1912 dispunha, já no seu art. 5.^o, que as pessoas que fossem sujeitas a um certo número de condenações seriam equiparadas a *vadias*. Isto significava que tais pessoas ficariam “à disposição do Governo para internamento em casa correcional de trabalho ou em uma colónia penal agrícola por tempo não inferior a três meses nem superior a seis anos”².

Sucedeu que o decreto 26:643, que reorganizou os serviços prisionais, veio considerar, no seu art. 109.^o, que os delinquentes que tivessem cumprido um certo número de crimes passariam a ser considerados delinquentes habituais³. Destaque-se o facto de no artigo referido se exigir, como um dos requisitos, a prova de que foram praticados crimes. Para estes delinquentes habituais, o regime a aplicar seria o de internamento em estabelecimentos e a sua sujeição a um regime mais severo, justamente pelo facto de se apresentarem mais perigosos⁴. Neste sentido, a liberdade só seria decretada depois de ter sido cumprido um tempo de prisão superior ao habitual (em regra, aumentavam-se os limites mínimo e máximo para o dobro), mediante a concessão de liberdade condicional e convicção de que os delinquentes revelariam a idoneidade para seguirem vida honesta^{5/6}.

A PRI surge, então, fruto de uma longa evolução de cerca de um século, e continua, ainda hoje, com consagração no código penal (CP), nos termos dos arts. 83.^o a 90.^o e 274.^o-A.

1 Dispunha tal norma no sentido de considerar *vadias* as pessoas que tivessem sofrido duas condenações em pena maior, uma condenação em pena maior e duas em penas correcionais ou cinco condenações em penas correcionais.

2 José Alberto dos Reis et al., *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 2608, ano 70.º, Francisco França, (Coimbra Editora, 1938), 387-388.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*, 339.

5 *Ibidem*.

6 Por razões de tempo não iremos desenvolver aprofundadamente a evolução histórica. Apenas pretendemos dar uma pequena nota para mostrar que esta temática já fez correr muita tinta e continuará, certamente. Para mais e melhores considerações, veja-se: José Alberto dos Reis et al., *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 2608, ano 70.º, Francisco França, (Coimbra Editora, 1938).

Relevante se torna a sua convivência no ordenamento jurídico-constitucional português, nomeadamente pela, ainda que indireta, consagração de um sistema monista nos termos do art. 30.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Veja-se que o legislador permite a aplicação de medidas de segurança aos casos de perigosidade que se baseiem em anomalia psíquica (n.º 2, da norma referida). Assim sendo, diremos que apenas a inimputáveis serão de aplicar medidas de segurança, desde que tal aplicação seja articulada nos termos da Lei da saúde mental⁷.

Contudo, sucede que a PRI se apresenta como portadora de uma natureza mista, porquanto a sua aplicação pressupõe o cumprimento de uma pena de prisão e de uma medida de segurança posterior ao cumprimento daquela primeira pena.

Com maiores dificuldades vemos a conformação jurídico-constitucional desta sanção, desde logo tendo em vista o princípio da proibição de sanções de duração indefinida (cfr. art. 30.º, n.º 1, da CRP).

Por ser assim, é de salientar aquilo que Cavaleiro de Ferreira referia, a propósito dos limites máximos de duração da PRI, que “a pena determinada – *nos termos do art. 71.º, do CP (acrescento nosso)* – torna-se indeterminada, enquanto prorrogável até ao máximo de mais seis anos (art. 83.º, do CP), quatro anos (art. 84.º, do CP) ou dois anos (art. 85.º, do CP)”⁸.

O seu surgimento, tal como a conhecemos hoje, remonta ao CP de 1982 e apresenta-se como tentativa de manter o monismo do sistema de reações penais português, optando-se pela aplicação de penas aos casos de delinquência especialmente perigosa, sendo os delinquentes imputáveis⁹. O que é certo é que, e já o referimos, a PRI se apresenta como a conjugação de uma pena com uma medida de segurança¹⁰.

Nesta sede, pretendemos fazer uma breve referência ao regime legal da PRI, ao qual iremos levantar algumas questões quanto à sua natureza,

7 Não nos iremos deter sobre esta questão. No entanto, referimo-nos à Lei 36/98, de 24 de julho.

8 Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal – Parte Geral, II*, (Coimbra: Almedina, 2010), 30.

9 Jorge de Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, (Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 2005), 556, § 875.

10 Sobre estas questões iremos deter-nos de forma detalhada ao longo da nossa abordagem.

execução e duração para, enfim, nos pronunciarmos sobre a sua conformação constitucional com os princípios da limitação de penas temporais (art. 30.º, da CRP) e da culpa.

Numa fase final, iremos referir-nos brevemente ao TEDH, na medida em que este, aparentemente, se apresenta favorável à aplicação deste instituto.

2. A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA

2.1. REGIME GERAL – DELINQUÊNCIA POR TENDÊNCIA

A PRI, em termos gerais, encontra-se regulada nos termos dos arts. 83.º e seguintes, do CP, sendo necessário o preenchimento dos determinados pressupostos formais e materiais para que o juiz possa proceder à sua aplicação em concreto.

2.1.1. PRESSUPOSTOS FORMAIS

Para a aferição do preenchimento dos pressupostos formais, torna-se necessário proceder a uma enumeração dos mesmos. Assim, estes surgem elencados nos arts. 83.º e 84.º, do CP, e são os seguintes:

- número e gravidade dos crimes praticados;
- verificação de dolo;
- a pena aplicável anteriormente e a pena a aplicar em concreto têm de ser efetivas;
- Prescrição da tendência (entre o crime anterior e o crime atual não podem decorrer mais de cinco anos).

Começando pelo número e gravidade dos crimes praticados, estes variam consoante nos encontremos perante a “delinquência por tendência grave” ou a “delinquência por tendência menos grave”¹¹. Para aquele primeiro tipo é necessário que o delinquente tenha praticado dois crimes ou mais aos quais tenha sido aplicada pena de prisão superior a 2 anos (cfr. art. 83.º, n.º 1, do

11 Maria João Antunes, *Penas e Medidas de Segurança*, (Coimbra: Almedina, 2017), 129.

CP). No segundo caso, o legislador refere que devem ter sido praticados pelo delinquente quatro crimes (cfr. art. 84.º, n.º 1, do CP). Quanto a esta situação poderá levantar-se a questão sobre se as chamadas “bagatelas penais” poderão entrar aqui, ainda que exista antes da aplicação da PRI, numa fase posterior, o crivo do pressuposto material. Neste requisito coloca-se a questão de saber se é necessária a existência de condenação (o que implica o trânsito em julgado da decisão) ou se basta apenas a forte convicção de que os crimes foram praticados¹². Para Figueiredo Dias, é a segunda situação que deverá ser aceite, desde logo atendendo à letra da lei e ao espírito político-criminal da PRI¹³. Mas mais. Repare-se que, sendo a fundamentação da PRI a habitualidade do agente para a prática de crimes, então, a exigir-se o trânsito em julgado da decisão, colocar-nos-íamos perante o fenómeno da “multi-reincidência”¹⁴.

Além disso, os crimes têm de ser dolosos. Tal compreensão é político-criminalmente fundada, na medida em que estamos perante um caso de criminalidade grave que estabelece maior ligação com a criminalidade dolosa¹⁵. De novo, poderemos levantar questões que, no caso, se prendem com a concorrência do princípio da presunção de inocência.

Um outro pressuposto formal, o terceiro, prende-se com a necessidade de punição com prisão efetiva. Também aqui se compreende a opção legislativa porquanto a aplicação de uma pena de substituição pressupõe uma convicção e confiança do sistema naquele delinquente^{16/17}.

Existe ainda um último requisito que importa atender e que se prende com a prescrição da tendência, nos termos dos arts. 83.º, n.º 3 e 84.º, n.º 3, do CP. Nestes casos, aquilo que se pretende tutelar é uma certa segurança para que exista um “direito ao esquecimento” e porque a própria “tendência” se mostra quebrada, em nossa perspetiva.

12 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 566, § 890.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*, 566-567.

15 *Ibidem*, 564, § 888.

16 *Ibidem*, 565, § 889.

17 Não obstante o entendimento que tenhamos deste instituto atendendo à letra da lei (cfr. art. 50.º, n.º 1, do CP). Na norma refere-se que “o tribunal suspende”, e não que pode suspender.

2.1.2. PRESSUPOSTO MATERIAL

Quanto ao pressuposto material de aplicação da PRI – “*a avaliação conjunta dos factos e a personalidade do agente revelar uma acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista*” (cfr. art. 83.º, n.º 1, *in fine* e art. 84.º, n.º 1, *in fine*, do CP) – este poderá caracterizar-se por uma certa tendência do delinquente para a “carreira criminosa”¹⁸. Vimos já *supra* que o que está em causa na PRI é a aplicação de uma pena e medida de segurança a um agente imputável especialmente perigoso. Logo, e sendo assim, torna-se necessário que da avaliação conjunta dos factos e da personalidade do agente se mostre que aquela tendência existe^{19/20}. Mas, para tal, intervêm diversos fatores que permitem ao aplicador chegar à conclusão de que o delinquente está inserido numa “carreira criminosa”. Tais fatores poderão consistir numa análise da situação familiar do delinquente, do seu comportamento profissional, entre outros²¹.

Coloca-se, nesse sentido, a questão de saber se um outro conjunto de fatores poderá ser chamado à colação, nomeadamente os casos passíveis de serem enquadrados nos termos do art. 83.º, n.º 3, do CP, ou seja, aqueles cuja verificação da prescrição da tendência impede a sua consideração para efeitos da verificação dos pressupostos formais de aplicação da PRI. Precisando um pouco mais: o que está em causa é que, verificada a prescrição da tendência, o tribunal não poderá optar pela aplicação da PRI com base naquele concreto crime que prescreveu *ope lege*. No entanto, esse mesmo crime poderá ser tido em conta para efeitos de preenchimento do pressuposto material de aplicação da PRI.

Não obstante, além deste, também o disposto no art. 83.º, n.º 4, do CP, poderá e deverá ser tido em conta. Se um facto foi julgado em país estrangeiro e o delinquente foi condenado em pena de prisão efetiva, o tribunal poderá

18 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 572, § 900.

19 *Ibidem*, 571, § 899.

20 Tendência que, diga-se, não se refere necessariamente a uma habitualidade, mas basta simplesmente que o tribunal constate uma predisposição séria do agente para cometer crimes. Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, (3.ª ed. atualizada, Universidade Católica Editora, 2015), 396, § 8.

21 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 572, § 900.

tomar em conta este mesmo facto mesmo que já tenha ocorrido a respetiva prescrição da tendência ou aquele facto não constitua crime em Portugal. Neste caso, o facto poderá ser valorado em sede de preenchimento do pressuposto formal de aplicação da PRI²².

Quanto ao pressuposto material apenas uma nota final que se prende com o facto de a inclinação do delinquente para a “carreira criminosa” ter de se verificar ainda no momento da condenação deste, uma vez que as finalidades de prevenção especial que justificam a aplicação da PRI estão presentes²³.

2.2. REGIMES ESPECIAIS

A par daquilo a que chamamos de regime geral, existem exceções ou modelações que o legislador introduz para situações que apresentem particularidades. São elas as dos jovens com idades inferiores a vinte e cinco anos, as dos alcoólicos e equiparados (onde se incluem os delinquentes que abusam do consumo de estupefacientes) e os agentes da prática de crime de incêndio.

Quanto ao regime que se aplica aos jovens com idade inferior a vinte e cinco anos, este encontra-se previsto nos termos do art. 85.º, do CP. Nesta norma, o legislador molda o regime geral dos arts. 83.º e 84.º apenas ajustando alguns dos pressupostos formais. Assim, no caso, o delinquente terá de ter cumprido, no mínimo, um ano de prisão, mantendo-se o restante no disposto nos arts. 83.º e 84.º, do CP.

Quanto a esta possibilidade poderão colocar-se questões de fundamentação político-criminal. Figueiredo Dias considera que o regime é equívoco e errado²⁴. De facto, parece que a fundamentação da PRI deixa de se verificar quando é aplicada aos jovens com idades até aos vinte e cinco anos, porquanto estes beneficiam de um regime sancionatório menos gravoso. Pensa-se, para tal, que a exigência de cumprimento efetivo de um ano de prisão será uma forma de tentativa de fundamentação da consagração dessa opção²⁵.

22 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 572, § 900.

23 Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 396, § 9.

24 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 575, § 906.

25 *Ibidem*, 574, § 908.

Não esqueçamos que o próprio prazo de prescrição da tendência é reduzido de cinco para três anos (cfr. art. 85.º, n.º 3, do CP).

É pertinente colocarmos a questão de perceber se o regime previsto nos arts. 86.º e seguintes e 274.º-A, do CP, poderão ou deverão ser modelados no caso de o delinquente ser um jovem com idade inferior a vinte e cinco anos. Sendo a lei omissa quanto a esse ponto, e salvo melhor entendimento, deveremos considerar aplicável o disposto no art. 85.º, do CP, a qualquer situação passível de aplicar a PRI, desde que com as devidas adaptações, não sendo de afastar o concreto regime da PRI. Repare-se que, ainda que discordemos do instituto tal como ele se apresenta, entendemos que por uma questão de lógica sistemática será de aplicar tal regime a todas as situações. Aliás, no caso, irá beneficiar os delinquentes menores de vinte e cinco anos em qualquer dos regimes a ser aplicado consoante as concretas situações.

Um outro regime especial é aquele que se aplica aos alcoólicos e equiparados (estes últimos são aqueles agentes que abusam do consumo de substâncias estupefacientes que causem inibições nos centros nervosos ou que se destinem a excitar, desde que causem habituação)²⁶ e encontra-se previsto nos termos dos arts. 86.º a 88.º, do CP. Para estes, o regime é diferenciado, de novo, no âmbito dos pressupostos formais. Assim, surgem três novos pressupostos que apresentam uma “tríplice natureza”²⁷, cujo cumprimento se deve verificar pela positiva. Eles apresentam-se atinentes ao agente, ao facto e à relação deste com o agente. Sucintamente, as características exigidas ao agente prendem-se com o que dispõe o art. 86.º, n.º 1, 1.ª parte, do CP, ou seja, que aquele seja um alcoólico ou uma pessoa com tendências para abusar de bebidas alcoólicas. O importante nesta sede é que exista uma efetiva tendência para o referido abuso do álcool, quer esta tendência se apresente culposa ou não culposa²⁸.

Quanto ao facto, importa verificar se o agente praticou um crime a que deva aplicar-se pena de prisão efetiva (cfr. art. 86.º, n.º 1, do CP).

Por fim, quanto ao terceiro requisito – *relação especial entre o agente e o facto* – o que terá de ser avaliado é se o crime foi praticado em estado de

26 Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, *Noções de Direito Penal*, (Sintra: Rei dos Livros, 7.ª ed., 2020), 334.

27 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 576 § 909.

28 *Ibidem*, 576 e 577, § 910.

embriaguez ou relacionado com o alcoolismo ou com a tendência. Neste sentido, imaginem-se os roubos ou furtos com vista à obtenção de dinheiro para a compra de álcool ou de substâncias estupefacientes.

Neste pressuposto, aquilo que se pretende é que haja a verificação da tendência e se esta poderá revelar perigo para a prática de novos ilícitos²⁹.

Este regime aplica-se *ipsis verbis* aos delinquentes que abusem de substâncias estupefacientes por força da remissão operada pelo art. 88.º, do CP.

Resta-nos o regime dos agentes da prática de incêndio florestal. Quanto a estes, prevê o art. 274.º-A, do CP, um regime próprio. Este regime é relativamente recente, tendo sido aditado ao concreto tipo legal de crime pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto. Aquilo que traz de novidade prende-se com o disposto no n.º 4, do art. 274.º-A, do CP. Nesta norma, exige-se que o agente pratique crime doloso de incêndio e que, para aplicação da PRI, aquele tenha praticado anteriormente um crime doloso de incêndio.

A condenação em prisão efetiva continua a ser exigida. Opera-se uma remissão para o n.º 2, do art. 86.º e para o art. 87.º, do CP, quanto à duração da PRI e ao sentido da sua aplicação.

Uma nota final apenas para referir que a PRI aplicada aos alcoólicos e equiparados e aos agentes da prática do crime de incêndio visa eliminar a tendência para a prática dos ilícitos pelos quais eles são condenados (cfr. arts. 87.º e 274.º, n.º 5, do CP). Contrariamente, os regimes gerais previstos nos arts. 83.º e 84.º, do CP, aplicam-se a qualquer tipo de delinquentes que pratiquem qualquer tipo de crimes, o que, por si só, nos mostra que este instituto nem sequer se poderá aplicar a um tipo de criminalidade muito específica.

2.3. NATUREZA DA PRI. COMPATIBILIDADE COM UM SISTEMA MONISTA?

A PRI apresenta-se como uma pena que tem uma natureza híbrida, ou seja, em parte apresenta-se como uma verdadeira pena de prisão à qual se associa uma medida de segurança. Resta-nos saber se isto poderá influir na caracterização do sistema sancionatório em termos gerais.

²⁹ Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 578 § 913.

A caracterização do sistema de reações criminais como monista ou dualista poderá assentar em duas ordens de considerações, dado que os conceitos são utilizados com dois significados diferentes³⁰.

Um sistema poderá classificar-se como dualista se reconhecer a aplicação de penas (que se baseiam na culpa do agente) e medidas de segurança (que se baseiam na perigosidade do delinquentes) como consequências da prática de um ilícito. Por outro lado, o dualismo poderá também colocar-se quanto ao facto de ser passível a aplicação de uma medida de segurança a um agente imputável, pelo mesmo facto³¹. Mas o facto de se proceder à aplicação de uma pena e de uma medida de segurança a um mesmo agente não invalida que não nos encontremos perante um sistema monista, na medida em que o agente poderá ser imputável quanto a um crime e inimputável quanto a outro.

Analisando, em concreto, como se apresenta o sistema de reações penais em Portugal, existem autores que defendem que o sistema português é “tendencialmente monista” e outros que defendem que o sistema é dualista.

Entre os primeiros encontramos Figueiredo Dias, que afirma que o sistema é monista ou “tendencialmente monista”, não devendo perder este seu cunho³². Para o A., o monismo do sistema é assegurado desde que se faça uma extensão do conceito de pena, onde se vai encaixar a possibilidade de punir severamente os delinquentes por tendência (tal como no instituto da PRI). Além disso, é necessário proceder-se a uma restrição do conceito de medida de segurança, dado que é aplicável apenas a inimputáveis³³. O “monismo tendencial” mantém-se, na medida em que apenas excepcionalmente se aplica ao mesmo agente uma pena e uma medida de segurança, com base na sua perigosidade criminal.

Entre os autores que consideram que o CP português consagra um sistema dualista, encontra-se Taipa de Carvalho. Para o A., a consagração do instituto da PRI no CP fez com que o sistema se tornasse dualista, porquanto permite-se a aplicação de uma medida de segurança a

30 Germano Marques da Silva, *Direito Penal III*, (Editorial Verbo, 2.ª ed. revista e atualizada, 2008), 80.

31 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 417, § 656 e 657.

32 *Ibidem*, 54, § 23 e 56, § 26.

33 *Ibidem*, 55, § 24.

delinquentes por tendência (imputáveis)³⁴. Aliás, na ótica do A., um dos critérios distintivos do sistema monista ou dualista é justamente a forma como enfrenta a questão dos imputáveis perigosos.

Também Paulo Pinto de Albuquerque considera que o sistema português se apresenta, hoje em dia, como dualista, pois consagra o instituto da PRI que formalmente se apresenta como pena, mas substancialmente apresenta-se como medida de segurança³⁵.

Parece-nos que esta segunda posição é a aplicável na medida em que caracteriza o sistema como dualista, isto quando confrontado com a existência da PRI. É certo que, e isso não nos convence, a PRI se apresenta como exceção ao regime. Não obstante, esse facto não invalida a sua existência e aplicabilidade nos seus termos no ordenamento jurídico sancionatório português. Aliás, entendemos que a forma de tentar mostrar, precisamente, o respeito pelo monismo manifesta-se na opção pela denominação do nosso sistema como “tendencialmente monista”³⁶, por parte de alguma doutrina.

2.4. EXECUÇÃO DA PRI

A execução da PRI prende-se com os requisitos ou pressupostos que têm de se verificar com vista à efetivação daquela sanção.

Nos termos do disposto no n.º 1, do art. 89.º, do CP, deve ser elaborado um plano individual de readaptação do delincente com base nos conhecimentos que sobre ele existirem. Repare-se que o legislador acrescenta algo interessante na parte final da norma citada e que se prende com a possibilidade de tal plano ter a concordância do arguido.

Por seu turno, o n.º 2, da norma referida, dispõe que o plano individual de readaptação poderá ser modificado sempre que se tornar necessário,

34 Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral – Questões fundamentais da teoria geral do crime*, (3.ª ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016), 87-88.

35 Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 274, § 10 e 275, § 11.

36 Sendo certo que, como já referimos *supra*, esta designação não é unânime, com a qual também nós discordamos.

consoante o progresso do delinquente. Tal modificação deve ser comunicada ao delinquente (cfr. n.º 3, do art. 89.º, do CP).

Relativamente ao plano de readaptação para os alcoólicos e equiparados e para os incendiários, o plano deverá ter em vista o que vem disposto nos termos do art. 87.º, do CP, para aqueles primeiros delinquentes. Assim, a função da aplicação de uma PRI aos delinquentes que abusem de bebidas alcoólicas ou estupefacientes³⁷ orienta-se no sentido de eliminar o consumo excessivo ou a tendência para tal abuso.

Já quanto aos segundos, os incendiários, segue-se o mesmo regime por remissão (cfr. art. 74.º-A, n.º 5, do CP). Neste último caso, não está em causa o combate à tendência do consumo excessivo de bebidas alcoólicas, antes o tratamento com vista à eliminação da tendência para provocar incêndios.

Figueiredo Dias refere que o plano individual de readaptação é uma “peça essencial” na medida em que estamos formalmente perante uma pena de prisão, mas, substancialmente, perante uma medida de segurança³⁸.

Mas o que é o plano individual de readaptação? Qual o seu conteúdo e a sua concretização prática?

Para correta compreensão devemos ter em vista o disposto no CP e no Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL). Assim, nos termos do art. 21.º, n.º 3, deste diploma, “o plano individual de readaptação visa a preparação para a liberdade, estabelecendo as medidas e actividades adequadas ao tratamento prisional do recluso, bem como a sua duração e faseamento, nomeadamente nas áreas de ensino, formação, trabalho, saúde, actividades sócio-culturais e contactos com o exterior”. Assim, o plano individual é um plano de articulação do cumprimento dos deveres e regras de conduta impostos pelo tribunal, ao qual Figueiredo Dias chama de “verdadeiro plano de condução da vida social e profissional do delinquente”³⁹. Para um correto cumprimento deste, na ótica de Maia Gonçalves, impõe-se que a administração penitenciária não se coloque em uma atitude de pura passividade

37 Por remissão do art. 87.º, do CP, os regimes são os mesmos.

38 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 579, § 915.

39 *Ibidem*, 403-404, § 640.

e indiferença, devendo ter um trabalho ativo com vista à recuperação dos delinquentes sujeitos a PRI⁴⁰.

Neste sentido, percebemos que aquele plano individual tem em vista a reintegração do agente através do estabelecimento de um conjunto de medidas adequadas ao tratamento deste. Veja-se que o nosso discurso se encontra em torno do “tratamento”, justamente porque estamos perante uma verdadeira medida de segurança em termos substanciais.

Uma questão que se poderá apresentar complexa prende-se com a eventual não aceitação, pelo delinquente, do plano individual.

A doutrina segue orientações diversas. Começando por Figueiredo Dias, a resposta a tal problema deverá ser a não aplicação do plano de forma coativa, mas a assunção ao delinquente das consequências do incumprimento do plano⁴¹.

Por outro lado, Paulo Pinto de Albuquerque⁴² parece seguir sentido oposto quando refere que o tribunal deve sempre obter o acordo do condenado. Mas se tal acordo não for alcançado, o tribunal poderá impôr ao arguido o plano, valendo a mesma regra para as alterações supervenientes ao plano. O mesmo não acontece para a sujeição do delinquente a tratamentos médicos, o qual deverá ser antecedido de consentimento do delinquente (cfr. art. 52.º, n.º 3, do CP).

2.5. DURAÇÃO DA PRI

O tempo máximo de duração da PRI dependerá do regime aplicável em concreto, ou seja, dependerá do facto de ser aplicável o disposto nos arts. 83.º, 84.º, 85.º, 86.º, 88.º ou 274.º-A, do CP, na medida em que, consoante o regime em questão, serão acrescidos à concreta pena que couber ao delinquente seis, quatro ou dois anos de prisão⁴³.

40 Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código Penal Português – Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, (18.ª ed., 2017, Coimbra: Almedina), 375.

41 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 404, § 641.

42 Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 403.

43 Dissemos prisão por respeito à letra da lei. No entanto, na prática, é medida de segurança.

Diferentemente é o tempo que o delinquente sujeito à PRI terá, obrigatoriamente, que cumprir. Quanto a esta última questão, dependerá de lhe ser concedida ou não liberdade condicional ou de, sendo concedida, vir a ser cumprida na sua totalidade ou vir a ser revogada.

2.5.1. LIMITE MÍNIMO DA PRI

Relativamente ao quantum de duração mínimo da PRI que o delinquente terá de cumprir, não são colocadas grandes questões de análise. Efetivamente, este será do seu conhecimento, porquanto o tribunal terá obrigatoriamente de determinar qual a pena concretamente aplicável (cfr. art. 71.º, do CP), referindo a lei expressamente qual é a duração mínima de prisão a que o agente está sujeito e terá de cumprir, que são dois terços daquela pena concreta (cfr. arts. 83.º, n.º 2, 84.º, n.º 2, 86.º, n.º 2, do CP). Assim, a título exemplificativo, um delinquente a quem seja aplicada PRI, ao ser condenado numa pena concreta de nove anos de prisão, saberá que, no mínimo, terá de cumprir seis anos de pena de prisão efetiva.

Quanto ao tempo de duração mínimo da PRI não nos parecem existir grandes problemas, porquanto este é legalmente determinado, ficando o arguido a ter conhecimento dele. Neste sentido, o tempo mínimo de condenação é sempre do conhecimento do delinquente, porquanto ele é condenado a uma pena concreta e até que seja possível conceder liberdade condicional, nos termos do art. 90.º, n.º 1, do CP, aquele mínimo de prisão terá de ser efetivamente cumprido.

Dispõe a norma referida que, cumprido o limite mínimo de prisão, o delinquente poderá beneficiar do instituto da liberdade condicional. Para tal, a administração penitenciária deverá enviar ao Tribunal de Execução de Penas (TEP) um parecer fundamentado sobre essa possibilidade, seguindo-se o regime disposto nos arts. 61.º, n.ºs 1 e 3 e 64.º, do CP. A ideia basilar presente na concessão de liberdade condicional para este instituto prende-se com aquilo que é o seu propósito principal, a socialização do delinquente. Para isso se impõe ao tribunal que faça um juízo de prognose favorável⁴⁴.

⁴⁴ Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 583, § 922.

Se após tal cumprimento se mostrarem cumpridos os requisitos para a concessão da liberdade condicional, o delinquente é colocado em liberdade até que cesse o período daquela.

2.5.2. PRINCÍPIO ORIENTADOR DA DETERMINAÇÃO DO LIMITE MÁXIMO

Existem dois sistemas possíveis que poderão levar à determinação do limite máximo de duração da PRI: o da consagração da libertação definitiva após cumprimento da pena e o sistema que consagra o princípio da libertação condicional.

Começando por aquele primeiro sistema, a libertação definitiva dá-se após a verificação da cessação do estado de perigosidade do delinquente. Esta libertação pressupõe o cumprimento dos limites mínimo e máximo da PRI⁴⁵.

Quanto ao segundo sistema, o qual foi adotado pelo legislador português, este caracteriza-se pela consagração de um princípio da libertação condicional⁴⁶. Pelo exposto, fácil será de perceber que a determinação do quantum máximo de duração da PRI será influenciada pelo instituto da liberdade condicional.

Neste sentido, a intenção do legislador foi a de atribuir ao instituto da liberdade condicional duas funções, no contexto da PRI: a função primordial da libertação condicional, que se prende com uma finalidade específica de prevenção especial de socialização, e uma segunda função que se prende, justamente, com a determinação do limite máximo de duração da PRI⁴⁷.

2.5.3. Limite máximo da PRI

Problemática é a questão da determinação da duração máxima da PRI. É justamente nesta sede que nos iremos debruçar na segunda parte deste

⁴⁵ Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 580, § 918.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, 581, § 919.

trabalho, porquanto o concreto *quantum* da “pena” de prisão a ter de ser cumprida pelo delinquente não estará nem será determinado no momento da sua condenação.

Importa precisar, desde já, que a PRI tem como limite máximo possível a pena concretamente aplicável ao delinquente, nos termos do art. 71.º, do CP, ao qual acrescerão seis, quatro ou dois anos, consoante o regime da PRI aplicável a que já nos referimos *supra*. Além disso, existe uma outra barreira que é a dos vinte e cinco anos, nos termos dos n.ºs 2, dos arts. 83.º, 84.º, 86.º e 88.º, do CP. Ou seja, o delinquente saberá qual o mínimo a cumprir e sabe o limite máximo que poderá vir a cumprir.

Passando para a análise do regime em concreto, atendamos ao disposto no art. 90.º, do CP. Nos termos do n.º 1, cumpridos dois terços da pena concreta, ao delinquente pode ser concedida liberdade condicional, desde que verificados os pressupostos de concessão da liberdade condicional (cfr. arts. 90.º, n.º 1, *in fine*, 61.º, n.ºs 1 e 3, e 64.º, do CP). Significa que está cumprido o limite mínimo de pena de prisão a que está sujeito, ficando em liberdade condicional o tempo que restar até atingir o limite máximo da concreta pena a que fora condenado. Não obstante, este tempo restante em que o agente está sujeito a liberdade condicional não poderá ultrapassar os cinco anos (cfr. art. 90.º, n.º 2, do CP).

Contudo, poderá não ocorrer a concessão de liberdade condicional ao delinquente cumpridos os dois terços de pena de prisão. Nestes casos, o delinquente irá continuar a cumprir a PRI em prisão efetiva até atingido o tempo a que foi condenado nos termos do art. 71.º, do CP. Imagine-se que A é condenado a nove anos de pena de prisão, nos termos do art. 71.º, do CP. Cumpridos seis anos (os dois terços a que se refere o art. 90.º, n.º 1, do CP), e não sendo concedida a liberdade condicional, o agente cumprirá mais três anos (o terço restante) em prisão efetiva, até atingir os nove anos, pena a que fora condenado. Nestes casos, não sendo concedida a liberdade condicional após ter sido atingido o limite mínimo da PRI, haverá renovação anual da instância (cfr. art. 180.º, n.º 2, al. *a*), CEPMPL)⁴⁸.

Se a liberdade condicional for concedida e vier a ser revogada antes de cumprido o tempo correspondente à concreta pena a que o delinquente fora

48 Maria João Antunes, *Penas e Medidas de Segurança*, (Coimbra: Almedina, 2017), 134.

condenado, este terá de cumprir o remanescente da pena de prisão em falta, mas a liberdade condicional poderá ser concedida dois anos após a revogação da mesma, desde que cumpridos, de novo, os respetivos pressupostos de aplicação (cfr. art. 180.º, n.º 2, al. *b*), CEPMPL)⁴⁹.

Caso a liberdade condicional não seja concedida ou venha a ser revogada aquando do cumprimento da concreta pena a que tenha sido condenado, o delinquente passará a ver a sua pena como medida de segurança, a qual seguirá o regime desta (cfr. arts. 90.º, n.º 3, *in fine*, do CP e 164.º, n.º 2, CEPMPL).

Neste sentido, o delinquente poderá ser libertado aquando do cumprimento da pena de prisão (no nosso exemplo acima, os nove anos de prisão a que fora condenado nos termos do art. 71.º, do CP) por aplicação das regras da execução das medidas de segurança. Veja-se o disposto no art. 92.º, n.º 1, do CP, que vai ao encontro do que acabámos de referir, na medida em que o tribunal poderá libertar o delinquente quando verificar que o estado de perigosidade cessa e, além disso, que o motivo que levou à revogação ou não concessão de liberdade condicional tenha também cessado.

Assim que o delinquente cumpra o limite máximo da sanção e não lhe tenha sido concedida a liberdade condicional, deverá esta ser imediatamente concedida, não se aplicando o disposto nos termos do art. 92.º, n.º 3, do CP, que apenas se aplica às medidas de segurança aplicáveis a inimputáveis.

Imagine-se que A é condenado a nove anos de prisão e não lhe é concedida a liberdade condicional ou esta foi revogada. Cumpridos os nove anos de prisão efetiva, o delinquente passa a estar sujeito a medida de segurança que seguirá o regime previsto para o internamento de inimputáveis.

Nesta sede, encontrar-se-á, de novo, perante uma indeterminação do tempo a que ficará sujeito a tal medida, tendo em conta que o delinquente poderá ser sujeito a medida de segurança de seis anos (se nos referirmos ao regime do disposto no n.º 2, do art. 83.º, do CP). A concretização do limite máximo da sua sanção será dada, em primeira linha, pelo disposto no n.º 1, do art. 92.º, do CP, aquando da cessação do estado de perigosidade. Ressalve-se o disposto no n.º 2, do art. 93.º, do CP, quanto à obrigatoriedade de existir apreciação dois anos após o início do internamento ou da decisão que o tiver mantido.

49 Maria João Antunes, *Penas e Medidas de Segurança*, 134.

De novo com o exemplo por nós lançado, imagine-se que, após os nove anos de prisão efetivamente cumprida, a liberdade condicional não é concedida ou veio a ser revogada, o delinquente poderá vir a ser libertado após a cessação do estado de perigosidade ou no momento em que se faz o reexame (os dois anos a que se refere o n.º 2, do art. 93.º, do CP). O certo é que nunca estará sujeito a uma medida de segurança mais do que os seis anos que acresceram à pena concretamente aplicável (arts. 71.º, 83.º, n.º 2, do CP).

Um grande problema afigura-se-nos quanto à não concessão de liberdade condicional após o cumprimento da pena a que concretamente o agente fora condenado (cfr. art. 90.º, n.º 3, do CP). Isto significará que o delinquente poderá vir a cumprir uma pena superior à moldura penal abstratamente aplicável. Ou seja, o agente conforma o seu comportamento de acordo com a avaliação da consequência jurídica dos seus atos e, dentro dessa avaliação, conforma o seu comportamento tendente à aceitação da consequência pelos seus atos. Sucede que, por aplicação da PRI, o delinquente poderá vir a cumprir uma pena superior àquela que o tipo legal de crime prevê. Quanto a isto, dá-se uma clara violação do princípio da legalidade⁵⁰.

2.6. OS FINS DAS PENAS: BREVE REFERÊNCIA EM CONFRONTO COM O INSTITUTO DA PRI

A análise dos fins das penas apresenta-se de especial importância para a compreensão do sistema sancionatório. Ora, no nosso concreto objeto de análise, tal referência e abordagem apresenta-se essencial, ainda que a título breve e vocacionado para um problema específico.

Assim, em causa está o modo como o ordenamento jurídico português encara as finalidades das penas enquanto consequências jurídicas da prática de um facto ilícito culposo, sendo também uma manifestação do viver comunitário organizado⁵¹.

50 Não nos iremos deter sobre este princípio que, só por si, faria correr muita tinta. Não obstante, para mais e melhores referências veja-se: Américo A. Taipa de Carvalho, *Sucessão de leis penais*, (Coimbra: Coimbra Editora, 3.ª ed. revista e atualizada, 2008), 108-112.

51 José de Faria Costa, *Direito Penal*, (Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1.ª ed., 2017), 16.

O art. 40.º, n.º 1, do CP, diz-nos que “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Daqui se depreende que a finalidade das penas é a de protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, pelo que as finalidades preventivas são aquelas que melhor se adequam a tal definição e compreensão do sistema português⁵². A par disso, há ainda uma (clara?) opção pela protecção de bens jurídicos em detrimento da reintegração do agente na sociedade⁵³.

Importa, diante disto, compreender e enquadrar o instituto da PRI no que toca às finalidades das penas no sentido do disposto no já citado art. 40.º, n.º 1, do CP.

Sendo a prevenção geral a base da aplicação de uma sanção criminal (pena), significa que tal base se coloca na protecção dos bens jurídicos com

52 Consideramos necessária uma nota *en passant* a este respeito. O problema dos *fins das penas* apresenta-se como algo com que a doutrina e a jurisprudência se depararam e continuarão a deparar ao longo dos tempos. Acontece que tais finalidades podem ser entendidas, em termos sintéticos, como absolutas ou relativas. As primeiras assentam na ideia da pena como *expiação* pelo crime praticado, pelo que a sua aplicação a um concreto indivíduo fará com que este “se reconcilie com a sociedade” pela violação do bem jurídico tutelado, encontrando-se a pena intimamente ligada ao facto praticado e à culpa do agente. A pena surge para *punitur quia peccatum est*. Ou seja, dá-se um especial enfoque ao passado. Deste modo, a culpa apresenta-se como fundamento e limite da pena, porque o agente livre optou por não usar bem a sua liberdade e violou a norma penal. Esta teoria está afastada pela letra da lei. Entre nós encontramos José de Faria Costa, ainda que com alguns aforamentos, considerando a pena com uma finalidade *ético-retributiva*, uma vez que a pena é *humanamente compreensível e só não é um mal por causa do seu fundamento onto-antropológico*, in Faria Costa, *Direito Penal*, 379. Para o A., o *princípio da retribuição* é a expressão das ideias de igualdade e responsabilidade. E, ainda, Eduardo Correia, considerando a pena como detentora de uma finalidade *ético-retributiva*, apresentando-se como uma censura da *culpa na (má) formação da vontade*, in Eduardo Correia, *Direito Criminal I*, (Coimbra: Almedina, 2010), 67-76. Esta última compreensão já se encontra, entre nós, afastada.

Por outro lado, o segundo tipo, as teorias relativas ou de prevenção, compreendem uma ideia de prevenção geral e uma ideia de prevenção especial, fazendo-se de forma prospetiva, tendo em vista o futuro, numa ótica de não serem praticados novos crimes. Assim, tem em vista um “trabalho” com a sociedade e com o indivíduo que praticou o crime. Deste modo, pune-se para que *os outros* não pratiquem crimes, centrando-se a ótica da protecção de bens jurídicos que a sociedade eleva à categoria de bens jurídico-penais. O que significa que a pena é um *instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade através da ameaça penal...*. Pune-se olhando para o futuro, *punitur ne peccetur*. Entre nós, e por todos, Figueiredo Dias, in Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal – Parte geral – Tomo I – Questões essenciais fundamentais. A doutrina geral do crime*, (Coimbra: Gestlegal, 3.ª ed., 2019), pp. 57-97, mas, sobretudo, pp. 96-97. Para outras considerações sobre os problemas que as podem ser levantados, veja-se ainda Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, (Coimbra Editora, 1995), 152-235.

53 Ora, esta posição pode ser criticável justamente pelo confronto com o disposto no art. 71.º, do CP, quando refere no seu número 1 que “A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”. Podemos, deste modo, questionar se, no momento da determinação da concreta medida da pena, são as exigências de prevenção ou a culpa do agente que deverão prevalecer. Deixaremos esta questão para outra análise.

dignidade penal, e tal proteção dirige-se a toda a sociedade enquanto possível destinatária das normas jurídicas. É com a aplicação da pena que a sociedade não pratica crimes, pelo que a pena apresenta uma função pedagógica e uma função de intimidação⁵⁴, podendo afirmar-se que as teorias relativas são aquelas que visam “olhar para a frente, para o futuro”⁵⁵.

Significando a PRI a aplicação, a agentes imputáveis perigosos, de uma pena e de uma medida de segurança, importa olharmos se o modelo português deve ou não admitir, em face das exigências que professa – de prevenção de bens jurídicos –, tal finalidade.

Adiantamos, desde já, que, em nosso entender, não é possível tal conciliação. Vejamos porquê. Se uma das críticas que as finalidades relativas ou de prevenção fazem às finalidades retributivas ou absolutas é a da *instrumentalização do agente*, então o que se apresenta a PRI aplicada a agentes imputáveis perigosos? Não estará o legislador penal a seguir um caminho de instrumentalização? Esta nossa crítica dirige-se, justamente, aos adeptos de uma conceção preventiva das penas, porquanto consideramos que isto se apresenta uma *burla de etiquetas*. Se a prevenção geral tem uma função pedagógica, então assumimos uma instrumentalização do agente em detrimento da não violação de bens jurídicos pelos outros. Mas, note-se, diante de uma conceção preventiva da pena, o que significa a aplicação de uma medida de segurança ao agente que se enquadra nos requisitos de aplicação da PRI? Não estaremos diante de uma censura a título de culpa que influencia o instituto da pena a aplicar, permitindo-se ir para lá da mera proteção de bens jurídicos? É certo, e podemos concordar, que as finalidades preventivas têm em vista a proteção dos bens jurídicos, mas se assim é, e sendo necessário o recurso à PRI, estamos a instrumentalizar o agente considerado imputável perigoso para que outros não pratiquem crimes, o que quanto a nós é desconcertante em face de um sistema preventivo das penas.

Figueiredo Dias, um dos defensores das finalidades preventivas (e “pai” do art. 40.º, do CP, com a revisão do CP de 1995), considera que não estamos diante de uma *burla de etiquetas*, misturando, em nosso entender, o

54 Rodríguez Devesa e Alfonso Serrano Gomez, *Derecho Penal Español – Parte General*, (18.ª edição, Dykinson Madrid, 1995), 884.

55 Faria Costa, *Direito Penal*, 374.

problema de um sistema monista/sistema dualista⁵⁶ com os próprios fins das penas. Não é este o nosso entendimento. Deve separar-se os dois problemas porque representam implicações diferentes.

Ora, esta compreensão coloca-se, justamente, na base das compreensões da pena com finalidades de prevenção. Urs Kindhäuser afirma, aliás, que “Sólo es posible establecer un vínculo de contenido entre la pena y la culpabilidad si el mismo hecho delictivo ofrece el fundamento y los límites de la pena”⁵⁷. Se assim fosse a nossa compreensão, consideramos ser mais fácil (eventualmente) de enquadrar, ao jeito de Eduardo Correia, o recurso à PRI. Refere-nos o A. que os institutos que levem em conta a aplicação de uma pena a um agente imputável (porque de uma pena se trata) perigoso (e que implicam a aplicação de uma medida de segurança) só se coadunaria, em traços gerais, com uma conceção da pena assente numa finalidade ético-retributiva. Isto porque, refere: “... um sistema ético-retributivo que refere a pena ao facto e depois a refere à especial perigosidade do delinquente, na medida em que a sua personalidade é suscetível de ser censurada”⁵⁸. Contudo, não é esse o entendimento dominante e plasmado no código penal português.

Uma nota final quanto à questão da pena e ao significado que ela deve comportar para o sujeito a que se dirige. Consideramos a pena, ao lado de Faria Costa⁵⁹, como um direito fundamental indisponível, enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana⁶⁰, significando que estamos a violar as expectativas do delinquente sujeito a PRI.

Repare-se que, na senda do A.⁶¹, considerando a pena como um direito do arguido, este tem sempre de saber qual o seu *quantum*, não podendo, nunca, ficar a determinação para momento posterior ao da aplicação. O n.º 2, do art. 90.º, do CP, dispõe que a liberdade condicional não pode ultrapassar os cinco anos.

56 Sobre esta problemática deter-nos-emos *infra*.

57 Urs Kindhäuser e Juan Pablo Mañalich, *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*, (ARA Editores, 1.ª edição, 2009), 153-154.

58 Correia, *Direito Criminal I*, 71-72.

59 Concebendo a pena com uma finalidade ético/neo-retributiva.

60 José de Faria Costa, “Linhas de direito penal e de filosofia – alguns cruzamentos reflexivos”, in *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*, (Coimbra Editora, 2005), 232, § 9.

61 *Ibidem*.

Seja-nos permitida mais uma nota quanto a algo que poderá acontecer no regime da PRI e que nos parece ser de levantar cautelas. Supondo que um delinquente é condenado em PRI e, em sede de condenação, o tribunal se apercebe que o mesmo delinquente praticou um outro crime que não cumpre um ou vários dos pressupostos para aplicação da PRI. O que fará? Talvez a questão que nos parecesse ser a mais ajustada seria aquela em que se considerava inaplicada a PRI ao caso concreto. Não obstante, não é este o entendimento da jurisprudência. Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º 110/07.3GASPS.C1, de 27 de novembro de 2013⁶². Para este tribunal, o delinquente terá de cumprir a PRI a que foi condenado e, posteriormente, terá de cumprir a pena concreta individualmente considerada. Isto faz-nos levantar inúmeras reservas, porquanto um delinquente poderá ser condenado, numa pena concreta, a vinte e um anos de prisão. Supondo que é aplicada PRI, aquele terá de cumprir no mínimo dois terços da pena concretamente aplicável, ou seja, catorze anos e, no máximo, vinte e seis anos (seguindo-se a regra do art. 83.º, n.º 2, do CP). Evidentemente que o limite máximo baixaria para vinte e cinco anos por ser o limite máximo legalmente permitido. Mas, supondo que nunca será concedida a liberdade condicional, o delinquente apenas sairá em liberdade decorridos os vinte e cinco anos de prisão efetiva. Fará sentido cumprir ainda uma outra pena? Em nosso entender isto vai contra o limite máximo de prisão permitido em Portugal: vinte e cinco anos (cfr. art. 41.º, do CP).

3. A CONFORMIDADE (JURÍDICO-) CONSTITUCIONAL DA PRI

Ao longo dos tempos têm sido levantadas diversas questões quanto à eventual (in)constitucionalidade da PRI. Aliás, o recurso a este instituto por parte dos nossos tribunais é residual, porquanto estes apresentam algumas reservas. Isto levou o TC a pronunciar-se sobre esta questão não se tendo decidido pela inconstitucionalidade da PRI, não deixando, quanto a nós, de ser necessário levantar, mesmo assim, algumas reservas, dada a sua colisão com princípios jurídico-constitucionais.

62 Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/642b251b20f98f9880257c380053b32a?OpenDocument>.

3.1. RELAÇÕES ESTABELECIDAS ENTRE A ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E A ORDEM JURÍDICO-PENAL

Para uma abordagem mais sustentada acerca desta problemática, importa fazermos uma prévia consideração quanto às relações que se estabelecem entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal.

Formalmente a CRP encontra-se numa posição de *supra* ordenação em relação à ordem jurídico-penal. Manifestações do que acabámos de dizer encontrámo-las, por um lado, na existência de um princípio da legalidade criminal (cfr. art. 29.º, da CRP) e, por outro, na existência de reserva de lei formal (cfr. art. 165.º, n.º 1, al. c), da CRP)⁶³.

Assim sendo, crime será aquilo que o legislador tipificar enquanto tal, cumprida uma certa formalidade.

Questão diferente prende-se com a legitimação material ou as relações materiais estabelecidas entre estes dois ramos do ordenamento jurídico. Nesta sede, a doutrina diverge.

Figueiredo Dias considera que entre a ordem jurídico-penal e a ordem jurídico-constitucional existe uma “relação de mútua referência” ou de “analogia material”⁶⁴. Não obstante, o A. não vê a CRP como o único referente de bens jurídicos, na medida em que admite que se possa recorrer também aos princípios orientadores que a “constituição penal” nos oferece⁶⁵. O A. explica que entre as duas ordens jurídicas deve existir uma relação de “mútua referência”, na medida em que existe implícito um princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico⁶⁶. Não podemos dizer que o A. leva ao máximo a pura referência constitucional dos bens jurídicos que a constituição prevê, defendendo que aquela “relação de mútua referência” se concretiza em

63 Manuel da Costa Andrade, “Constituição e Direito Penal”, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico - Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, (seminário organizado pela Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1997), 199-200.

64 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal – Parte geral – Tomo I – Questões essenciais fundamentais. A doutrina geral do crime*, (Coimbra: Gestlegal, 3.ª ed., 2019), 136.

65 José de Faria Costa, *Direito Penal Especial – Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, (Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2004), 30.

66 *Ibidem*.

valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados a direitos e deveres fundamentais⁶⁷.

Faria Costa, por outro lado, considera que entre a ordem jurídico-penal e a ordem jurídico-constitucional não existe, materialmente, uma relação de *supra-infra* ordenação. Um dos argumentos apresentados prende-se com o facto de a ordem jurídica interna se encontrar sujeita a orientações comunitárias. Isto fará com que a “imagem” que devemos à pirâmide kelseniana esteja desvirtuada^{68/69}. Por isso mesmo, o que importa ter presente é, justamente, aquilo que poderão ser as implicações destas opções políticas.

Mas o A. vai mais além, e em nosso entender, bem, quando refere que fundamentar o ordenamento jurídico-penal apenas tendo em conta a ordenação jurídico-constitucional, fará com que não tenhamos em conta o espírito que a constituição tem naquele concreto momento histórico⁷⁰. E sabemos, é certo, que a Lei Fundamental é aquela que menos cede às flutuações sociais e, quando tal acontece, todo um processo legislativo complexo terá de existir, o que torna particularmente difícil tal alteração constitucional.

Assim, não existe uma coincidência entre os valores que a ordem jurídico-constitucional protege e os que o direito penal protege⁷¹. Não obstante tudo o que dissemos quanto à perspectiva de Faria Costa, o A. não prescinde do facto de a ordem jurídico-constitucional dever ser encarada como uma orientação importante para o legislador penal⁷².

Muito mais haveria para dizer. Contudo, a nossa referência a esta problemática surge para que possamos compreender se, de entre as duas orientações principais, a PRI poderá ser de enquadrar. É certo que os autores referidos se debruçam sobre esta problemática tendo em conta o âmbito de protecção do direito penal na tutela de bens jurídicos com dignidade penal que

67 Figueiredo Dias, *Direito penal*, 137.

68 Faria Costa, *Direito Penal Especial*, 31.

69 O A. apoia-se, também, no entendimento que Gomes Canotilho e Vital Moreira têm acerca do problema a que nos referimos *supra*. Na verdade, também estes autores consideram que a tão importante pirâmide está desvirtuada justamente pelo facto de estarmos sujeitos a imposições comunitárias.

70 Faria Costa, *Direito Penal Especial*, 32.

71 *Ibidem*, 33.

72 *Ibidem*, 21.

se encontram na parte especial do CP. No entanto, isto não significa que não o possamos transpor para a parte geral do CP onde se insere o instituto que temos vindo a analisar. O certo é que a parte especial é aquela que mais impacto tem e onde as relações jurídico-constitucionais se manifestam de forma mais evidente.

Adotando a perspectiva de Faria Costa, somos convocados a olhar a ordem jurídico-penal como tendo autonomia face à ordem jurídico-constitucional. Isto significa que, à primeira vista, a PRI poderia eventualmente, na perspectiva por nós adotada, ser de aceitar, porquanto o direito penal teria autonomia para a criação de todos os instrumentos sancionatórios. Sucede que, e como já aludido supra, para Faria Costa, não é de descartar a importância que os princípios jurídico-constitucionais têm no âmbito do direito penal. Repare-se que, pelo facto de o direito penal ter autonomia, tal compreensão não significa que este possa ir ultrapassar os princípios jurídico-constitucionais que são o sustento do Estado de Direito Democrático (cfr. arts. 1.º e 2.º, da CRP). Mas não nos fiquemos só por aqui. Repare-se que, sendo a CRP uma orientação importante para a ordem jurídico-penal, então esta última nunca poderá ir contra as orientações por aquela oferecidas.

Não podemos deixar de referir que, mesmo seguindo a perspectiva defendida por Figueiredo Dias, e pela maior parte da doutrina portuguesa, nos parece que o instituto da PRI viola a Lei Fundamental. Quanto a essa questão já nos iremos debruçar.

3.2. A CONVIVÊNCIA DA PRI COM OS PRINCÍPIOS DA CULPA E DA PROIBIÇÃO DE PENAS PERPÉTUAS OU DE DURAÇÃO INDETERMINADA

3.2.1. PROIBIÇÃO DE PENAS PERPÉTUAS

A CRP dispõe no art. 30.º, n.º 1 (norma pertencente à chamada “constituição penal”) que as penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade (onde a PRI se inclui) não podem possuir carácter perpétuo ou duração ilimitada ou indefinida. O legislador constitucional oferece-nos, assim, garantias de que as penas não terão nunca uma daquelas três características.

Iremos deter-nos em cada uma destas três características.

Confrontando a primeira parte da norma relativa à proibição de penas de carácter perpétuo com o instituto da PRI, não nos parece levantar, por ora, problemas de maior relevância. Senão, vejamos: pena perpétua pode ser, em primeira linha, a pena de morte, que entre nós, e bem, não existe porquanto encontra-se abolida. Mas poderá ser também uma pena onde não há limite máximo, ou seja, poderemos ser forçados a dizer que a pena nunca é cumprida e que visa, pura e simplesmente, castigar o sujeito a quem foi aplicada. Uma pessoa condenada a uma pena perpétua é uma pessoa a quem a liberdade foi cerceada para o resto da sua vida até à sua morte. Esta ideia deve estar também presente nas penas que formalmente se apresentam como de duração limitada, mas que, em concreto, se manifestam perpétuas⁷³. Pense-se, por exemplo, num indivíduo condenado a cem ou duzentos anos de prisão. Considerando a esperança média de vida aquele indivíduo, ele jamais viria a cumprir a pena na sua totalidade.

Já no que às penas de duração ilimitada diz respeito, estas poderão ser aquelas penas cujos limites mínimo e máximo não se encontram previstos na lei⁷⁴. Imagine-se, por exemplo, que o CP previa uma sanção cuja duração não estava legalmente prevista, apresentando-se incerta. Seria uma sanção violadora do princípio ora em análise, mas também do próprio princípio *nullum crimen sine lege*⁷⁵.

Por último, relativamente às penas de duração indefinida, entende a doutrina que esta expressão decide albergar as penas cujo limite máximo não se encontra definido por lei, ficando para uma autoridade administrativa ou judicial a sua determinação posterior⁷⁶.

É aqui que nos pretendemos deter no confronto e conformidade deste normativo constitucional com o instituto sancionatório que ora vimos de analisar: a PRI.

73 Damião da Cunha, “Anotação ao art. 30.º, da CRP”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa – Volume I*, (2.ª ed. revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017), 494, § V.

74 *Ibidem*.

75 Cfr. art. 29.º, n.º 1, da CRP e art. 1.º, do CP.

76 Damião da Cunha, “Anotação ao art. 30.º, da CRP”, 494, § V.

Uma coisa é certa e podemos dizê-lo desde já: a PRI não se apresenta como pena de carácter perpétuo ou de duração ilimitada, porquanto tem um limite máximo, por um lado e, por outro lado, encontra o limite de duração mínimo e máximo previstos na lei. Trata-se, sim, de um problema de determinação e concretude dos limites mínimo e máximo de duração da pena a que o delincente estará sujeito. É certo que o tempo máximo de duração da PRI depende sempre da concessão da liberdade condicional ou, caso em que tal não aconteça ou não venha a verificar-se, atingido o limite máximo de duração que a lei prevê consoante o regime aplicável.

Em nosso modo de ver as coisas, parece-nos ser de enquadrar a PRI como uma pena que está inserida no âmbito daquele terceiro conceito que o art. 30.º, n.º 1, da CRP, prevê, as penas de duração indefinida.

Tudo o que vimos de dizer é aquilo que a dogmática tem entendido ser uma interpretação possível da norma em análise (o art. 30.º, n.º 1, da CRP). O certo é que nos parece que o legislador constitucional deveria ter cautela na determinação de todos os conceitos que integra na constituição, mormente aqueles que se referem à “constituição criminal”, como é o caso da norma em análise.

Parece-nos que o legislador constitucional pretendeu, com o disposto no art. 30.º, n.º 1, da CRP, consagrar implícito um princípio-garantia de certeza quanto ao máximo, na medida em que se pretende que as sanções devem ter sempre os seus limites máximos definidos.

Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷⁷ consideram que o art. 30.º, n.º 1, da CRP prevê, *a contrario sensu*, o princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas. De facto, os autores referem justamente a problemática do enquadramento da PRI no contexto do princípio, não vindo a concretizar qual a sua perspetiva em relação, justamente, àquele concreto instituto. Parece-nos, ainda assim, que, atendendo às chamadas de atenção apontadas pelos autores, poderemos considerar que também existirão reservas em aceitar a coexistência no ordenamento jurídico português do regime da PRI com o princípio da proibição de penas com carácter indefinido.

77 J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, (Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed. revista, 2007), 502-503.

Problemática se torna a compreensão do momento em que essa determinação se deverá verificar. Pensemos no caso concreto da PRI que, bem vistas as coisas, o delinquente nunca saberá em termos concretos qual a pena que irá cumprir.

Poderão, contra nós, surgir críticas dizendo que mesmo nas ditas penas determinadas (pense-se na pena de prisão determinada) ao arguido poderá ser concedida liberdade condicional. Quanto a isto, a nada nos opomos. No entanto, repare-se que, em caso de revogação da liberdade condicional, o delinquente saberá que apenas e só cumprirá o remanescente da pena a que fora condenado (cfr. art. 64.º, n.º 2, do CP). Só por isso, o regime da PRI já se torna um regime diferenciado quanto à definição do máximo.

De outra banda, a questão que se poderá colocar prende-se com aquilo que se quererá significar com a definição ou indefinição dos limites máximos. Se é certo que o legislador estabeleceu para o regime da PRI um limite máximo ao qual o delinquente estará sujeito a pena/medida de segurança, também é certo que este nunca saberá o quantum concreto da pena a cumprir até que veja extinta a sanção.

O que vimos de dizer parece confuso, razão pela qual iremos precisar um pouco melhor. Imagine-se que um indivíduo é condenado em PRI. Qual a pena concreta que terá de cumprir? Não sabe! E não sabe pois tudo dependerá de ser ou não concedida a liberdade condicional. Recorde-se que o nosso sistema optou por um princípio da libertação condicional (ao qual já nos referimos a tal *supra*). Isto comporta um conjunto de implicações: parece-nos uma espécie de carta de troca que o sistema de penas tem numa tentativa de levar o delinquente a um bom comportamento para que lhe seja concedida a liberdade condicional. É aqui que se começam a levantar problemas de constitucionalidade, porquanto a lei proíbe as penas de duração indefinida.

Imagine-se que (e seja-nos permitido este exemplo um pouco descabido, mas que, a nosso ver, apresenta um paralelismo muito interessante com o que nos parece ser o instituto da PRI) um estudante questiona o seu Professor acerca da nota do seu exame. O Professor responde que aquele terá transitado àquela Unidade Curricular, mas não lhe indica a classificação obtida. Bem vistas as coisas, o estudante saberá que de 0 a 20, terá tido no mínimo 9,5 valores e, no máximo, 20 valores. No entanto, é um direito seu saber a

concreta classificação obtida num exame, para efeitos de eventual discordância e possibilidade de recurso da classificação e, bem assim, como critério de transparência que se exige no contexto da avaliação.

Sabemos, é certo, que esta nossa perspetiva relativamente à conformidade jurídico-constitucional da PRI, atendendo ao princípio em análise, não é líquida. Por esta razão, entendemos que falta uma certa concretização ou determinação da intenção do legislador constitucional quanto ao significado da norma que prevê a proibição de penas de duração indefinida.

3.2.2. A DETERMINABILIDADE DOS CONCEITOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

Do que vimos dizendo, parece-nos existir uma certa indeterminação nos conceitos que o legislador ordinário utilizou no contexto do n.º 1, do art. 30.º, da CRP. Não queremos significar que os conceitos não sejam de fácil compreensão. Aquilo que queremos dizer é que os conceitos utilizados, ou utilizados da forma como se encontra consagrada, não nos permitem obter uma correta e concreta compreensão do alcance prático-normativo dos mesmos.

Neste sentido, Jorge dos Reis Novais⁷⁸ considera que um dos princípios estruturantes do Estado de Direito, quando estão em causa direitos fundamentais, é o princípio da determinabilidade. De facto, o A. entende que as normas que afetem negativamente direitos fundamentais devem fixar o concreto sentido daquilo a que se referem.

No nosso caso concreto, veja-se que não é possível ao intérprete compreender se o disposto no art. 30.º, n.º 1, da CRP é ou não, de forma clara e objetiva, compatível com o instituto da PRI.

Tendo o TC sido chamado a pronunciar-se sobre esta questão, decidiu-se pela não inconstitucionalidade do instituto da PRI. Em acórdão⁷⁹

78 Jorge Reis Novais, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, (2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022), 290.

79 Acórdão do TC n.º 594/94, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940549.html>

proferido a propósito do disposto no art. 30.º, n.º 1, da CRP, o TC afirmou o seguinte:

“Apresentado, ainda que por forma perfunctória, o instituto da PRI, vejamos se ele contende com o citado artigo 30º, nº 1, da Constituição no segmento em que veda a aplicação de penas de duração indefinida. Pergunta-se, pois, se a PRI pode subsumir-se ao conceito de pena de duração indefinida. Responderemos negativamente.

“O normativo constitucional em apreço pretende que as penas sejam determinadas e certas, de modo a garantir-se plenamente o direito à liberdade e à segurança, em conformidade com o artigo 27.º, n.ºs 1, 2 e 3, da CRP. Isto não é o mesmo que dizer que as penas têm de ter uma duração fixa. 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.”

Não se tendo pronunciado pela inconstitucionalidade deste instituto, o facto é que, no nosso modo de ver, a PRI colide com o conteúdo desta norma. Repare-se que, no entender do douto tribunal, a questão da certeza/incerteza, definição/indefinição da pena é colocada no âmbito da determinação por parte do legislador. Até aqui, concordamos! No entanto, de que serve esta determinação se depois na prática se abrem brechas, as quais não garantem uma definição concreta e precisa?

No seguimento do acabado de expor, poderemos colocar a seguinte questão: se o limite máximo da PRI se fixa já durante a execução daquela sanção (como já o analisámos) e se dependerá de ser ou não concedida a liberdade condicional ao delinquentes, não estaremos em face de um evento futuro e incerto? Parece-nos que sim. Mas pior: poderá colocar-se a questão de perceber se, pelo facto de o agente continuar com a tendência, não estamos perante uma falha do sistema que não está a conseguir, através da aplicação das sanções, prevenir a prática de novos ilícitos por parte daquele mesmo agente (a chamada prevenção especial positiva de ressocialização).

O certo é que a verificação do cumprimento dos pressupostos para aplicação da liberdade condicional depende do parecer que a administração

penitenciária enviará ao tribunal sobre se deverá ou não ser concedida a liberdade condicional.

Por isto e por tudo o exposto, parece-nos ser algo que abona no sentido de que a PRI deve ser declarada inconstitucional, ou pelo menos o seu regime tal qual o conhecemos, na medida em que, afirmamos e reiteramos, existe uma indefinição de determinação da duração do tempo máximo da sanção que o delinquente terá efetivamente que cumprir.

3.3. CONVIVÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA CULPA

Como princípio jurídico essencial, em particular no direito sancionatório em geral (e, em particular, do direito penal), o princípio da culpa não apresenta consagração legal expressa. Não obstante, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem louvores à sua conquista.

Para Figueiredo Dias, o princípio da culpa materializa-se na impossibilidade de “haver pena sem culpa ou a medida da pena poder ultrapassar a medida da culpa” (cfr. art. 40.º, n.º 2, do CP)⁸⁰. Neste sentido, a culpa manifesta-se como uma proibição ao excesso da intervenção do *ius puniendi*⁸¹. Mas o A. vai mais longe, na medida em que a sua conceção pressupõe que a medida da culpa se torna o limite máximo da pena a aplicar, criando-se como que uma nova moldura penal abstratamente aplicável⁸².

No contexto daquilo que é a nossa análise, importa retermos que para o A. a culpa não é fundamento da pena, pelo que a sua função no sistema punitivo será a de proibição do excesso⁸³.

Esta compreensão da culpa que, em traços gerais, é a que melhor se pode enquadrar no contexto da dogmática penal vigente (ainda que não possamos concordar com ela), parece-nos de aplicação forçada quando confrontada com a PRI.

80 Figueiredo Dias, *Consequências Jurídicas do Crime*, 73, § 56.

81 *Ibidem*, 230, § 307.

82 *Ibidem*.

83 Figueiredo Dias, *Direito penal*, 94.

Já para Faria Costa, o princípio da culpa encontra a sua fundamentação na dignidade da pessoa humana (cfr. art. 1.º, da CRP) e apresenta-se como um juízo de censura ao agente que atuou de uma forma quando podia e deveria ter agido de outra forma⁸⁴. Neste sentido, o juízo de censura feito ao agente apresenta-se como fundamento e limite da pena^{85/86}. Também Faria Costa considera que o princípio da culpa se apresenta como travão ao poder punitivo do Estado. Veja-se que uma das refrações a este princípio, apresentadas pelo A., é referente à humanização do direito penal e, conseqüentemente, a uma humanização das penas⁸⁷. Além disso, o A. refere também que o princípio da culpa se mostra como portador de autonomia normativa, porquanto será orientador da política criminal, o qual terá necessariamente influências nas opções que o legislador tomará⁸⁸.

Assim, dá-se uma clara violação deste princípio aquando da APLICAÇÃO DA PRI. Vejamos: se a culpa representa um juízo de censura, então é em sede de condenação que esse mesmo juízo deverá ser efetuado. Mas, ao jeito de Faria Costa, se considerarmos a pena como um direito fundamental do delinquente⁸⁹, este tem o direito de saber aquilo que o espera, nomeadamente qual o tempo a que será condenado.

Explicitanto um pouco melhor o que dissemos *supra*: sendo a culpa aferida em sede de condenação e representando um juízo de censura ao delinquente pela sua conduta, repare-se que aquela terá de estar inserida na moldura penal abstratamente aplicável. Se assim não for, não poderemos dizer que a moldura penal tenha alguma função. Mais uma vez, poderemos afirmar que a PRI quebra a fundamentação de um direito penal como o nosso, baseado na culpa do agente, porquanto sanciona além da culpa, com base na perigosidade e de forma desvinculada dos princípios jurídico-constitucionais⁹⁰.

84 Faria Costa, *Direito Penal*, 242.

85 Faria Costa, “Linhas de direito penal e de filosofia”, 277 (49).

86 Também neste sentido, ainda que de forma um pouco duvidosa, Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, *Noções de Direito Penal*, (Sintra: Rei dos Livros, 7.ª ed., 2020), 185.

87 Faria Costa, *Direito Penal*, 358.

88 *Ibidem*, 357-358.

89 Faria Costa, “Linhas de direito penal e de filosofia”, 232-233.

90 Princípios jurídico-constitucionais que estão materializados na conhecida “constituição penal”.

Sendo o agente imputável, ele tem capacidade para se determinar de acordo com a avaliação que faz da sua conduta. Impõe-se um grande debate sobre esta matéria.

4. A POSIÇÃO DO TEDH

O TEDH tem-se debruçado sobre as medidas privativas da liberdade, na medida em que tais medidas se colocam no patamar da defesa dos direitos humanos, os quais se encontram também consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

De facto, o tema da liberdade e da sua privação é dos temas com maior antiguidade, diríamos nós, pois é um dos pilares do desenvolvimento humano fundamental. Além disso, encontra-se subjacente aos direitos humanos uma certa conceção do homem enquanto ser livre⁹¹.

O TEDH nunca foi chamado a pronunciar-se sobre este instituto tal como o conhecemos em Portugal, porém já foi chamado em muitas outras situações, não se tendo insurgido contra a aplicação de institutos semelhantes à PRI.

Paulo Pinto de Albuquerque⁹² mostra-nos, através de uma comparação com o regime sancionatório aplicável na Inglaterra, que o TEDH se tem pronunciado pela compatibilidade de tais institutos.

Repare-se que, nas palavras do A.⁹³ *supra* referido, em Inglaterra existem três tipos de sanções aplicáveis aos delinquentes imputáveis considerados perigosos: a pena de prisão perpétua, a pena de prisão indeterminada e a pena de prisão estendida.

De entre as três, aquela que se apresenta como “equivalente” à PRI é a pena de prisão estendida. Contudo, apresenta, entre várias, uma diferença: é aplicável apenas para criminosos imputáveis perigosos de certo tipo

91 Linos-Alexandre Sicilianos e Paulo Pinto de Albuquerque, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, (Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019), 9.

92 Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 392, § 4.

93 *Ibidem*.

de crimes graves e de crimes de natureza sexual⁹⁴. De forma simplificada, este tipo de pena é composto por duas partes: a parte punitiva, fixada pelo tribunal de condenação, e a parte correspondente ao período de liberdade condicional, também fixada pelo tribunal com base nas exigências de prevenção especial, mas com limite máximo correspondente à pena máxima abstratamente aplicável ao tipo de crime praticado.

O TEDH tem seguido no sentido da aceitação deste tipo de penas indeterminadas, tendo criticado o facto de não serem asseguradas aos delinquentes as condições necessárias à sua ressocialização (entenda-se, a frequência de cursos, programas de correção, entre outros). Veja-se, para tal, e a título de exemplo, o Acórdão do TEDH *James Wells Lee v. Reino Unido*, de 18/09/2012⁹⁵. Neste caso, o Tribunal entendeu que se dá uma violação do art. 5.º, n.º 1, da CEDH, na parte em que os delinquentes permanecem em prisão posterior àquela que se apresenta na condenação, pois entendeu-se que a perigosidade se mantinha pela não frequência de um curso considerado fundamental para a ressocialização. O problema é que a não frequência deveu-se à falta de capacidade do Estado em permitir que os delinquentes o frequentassem.

Olhando para o valor que a liberdade apresenta na CEDH, em concreto no que ao referido art. 5.º diz respeito, encontramos uma defesa expressa desse mesmo direito fundamental. Aquilo que nos parece é que a referida convenção fundamenta qualquer limitação da liberdade desde que tal limitação se encontre fundamentada na lei (cfr. art. 5.º, n.º 1, al. *a*) a *d*), da CEDH). Isto significa que mesmo uma limitação perpétua poderá apresentar-se sustentada na lei de um Estado e, mesmo assim, se aplicada dentro dos trâmites legais, não viola o direito à liberdade previsto pela CEDH.

Isto vem demonstrar como é crucial uma análise criteriosa do disposto na CEDH, sobretudo se esta for contra os corolários constitucionais de um Estado de Direito, como é o nosso.

Consideramos, ainda a respeito do Acórdão *supra* referido, que tal violação do Direito à Liberdade podia ser invocada pelo requerente,

94 Ainda aqui poderemos ponderar se não estaremos perante a espécie de direito penal do inimigo. Contudo, de uma banda, não queremos abordar esta questão pois não é esta a sede própria e, de outra banda, é, de facto, necessária uma intervenção do direito sancionatório em certo tipo de criminalidade.

95 Disponível em: *James, Wells and Lee v. the United Kingdom* (coe.int).

uma vez que o Estado não cuidou de adotar as medidas tendentes à ressocialização do agente. Se não se verificou a ressocialização do agente, isto significa que o mesmo não pode ser condenado em termos indefinidos, sobretudo quando incumbe tais deveres de proteção e garantia pelo Estado.

5. QUE DIZER?

Sejam-nos permitidas duas breves notas finais. Se é certo que não nos é indiferente a necessidade imperiosa de combater a delinquência por tendência ou especialmente perigosa, é certo também que tal tentativa de combate não poderá realizar-se a qualquer custo.

Parece-nos que deverá existir um debate acérrimo entre as várias valências que possam estar ligadas à recuperação do delinquente, pense-se que também a psicologia tem um papel crucial no auxílio do direito, *maxime* do direito sancionatório, na recuperação do delinquente.

Achamos que, não obstante termos já mostrado a nossa posição pela não constitucionalidade do instituto da PRI com base no conteúdo de princípios expressos e implícitos na ordem jurídico-constitucional, ainda assim a PRI poderia ser aceite se o arguido concordasse ou requeresse a sua aplicação com vista ao fim supremo da sua própria prevenção especial positiva de ressocialização (cfr. art. 40.º, n.º 1, do CP).

Não obstante esta nossa ideia parecer descabida e o direito penal tratar-se de um ramo do direito (tendencialmente) indisponível quanto à intervenção dos sujeitos, recorde-se que os mecanismos em que os sujeitos processuais intervêm têm maiores e melhores resultados.

Porque não tornar o instituto da PRI como uma possibilidade para que o delinquente se sinta, ele próprio, impulsionado na sua própria ressocialização? Porque não ser-lhe dada a possibilidade de criar o seu próprio projeto de vida, mais do que o ouvir para obter a sua concordância, quando possível, sobre o plano de readaptação?

Estas são apenas questões que pretendemos deixar no ar na tentativa de abrir um debate sobre esta problemática e, quiçá, chegar-se a um instituto

consensual que não desrespeite manifestamente direitos fundamentais de conteúdo material da nossa CRP.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados a esta fase, e depois de uma breve passagem pelo regime geral da PRI, bem como pelo seu modo de execução e os seus limites de duração, até chegarmos à conformidade jurídico-constitucional, afirmamos o seguinte: em nosso modo de ver as coisas, a PRI apresenta-se como uma “pena de segurança”⁹⁶, inconstitucional, porquanto viola o conteúdo do disposto nos termos do art. 30.º, n.º 1, da CRP e do princípio da culpa. De facto, a aceitação de penas com as características que a PRI apresenta (e que comportam esta ideia base de perpetuidade, incerteza e indefinição) encontra-se em total oposição com o ideal do Estado de Direito democrático (cfr. art. 2.º, da CRP) em que a sociedade portuguesa se insere e cujo respeito pretende ver assegurado e garantido. Não nos esqueçamos, contudo, da própria dignidade da pessoa humana, categoria onde assenta todo o Estado de Direito (cfr. art. 1.º, da CRP).

A opção por um regime sancionatório monista implica, em nosso entender, que se faça *jus*, precisamente, àquilo que o monismo das reações criminais pressupõe: aplicar penas a imputáveis e medidas de segurança a inimputáveis. Atenta a natureza da PRI, não nos parece que esteja respeitado o monismo.

Seria bom, em nosso modo de ver, que houvesse um debate sério quanto a esta matéria, na medida em que haverá melhores formas de combater a perigosidade criminal de agentes imputáveis. Para tal, é necessário que se considere esta problemática como um dos objetivos políticos do governo, com vista a aumentar o investimento na educação e, ainda, nos próprios estabelecimentos prisionais, dando mais e melhores condições aos delinquentes e também à própria administração penitenciária, para que possa ser feito um trabalho profundo de ressocialização do delincente.

Uma nota final quanto ao TEDH. Embora este tribunal tenha em vista assegurar o cumprimento da CEDH e dos seus protocolos, o facto é que tem pugnado pela aceitação de tais institutos. Não nos esqueçamos que este

96 Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, pp. 60-61.

tribunal tem influências de um conjunto de Estados cujos princípios fundamentais em que se baseia a sociedade vão oscilando.